This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

35574

20

Ad. Martin.
Woigh
EY
LFT
OEc

C IX, 22

J V 1

Civilistische Abhandlungen

von

Dr. Wilhelm Francke,
Privatdocenten in Göttingen.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1826.

Vorrede.

Der Zweck nachstehender Abhandlungen war keineswegs, eine Darstellung und neue Entwickelung unbezweifelter Ansichten zu liefern. Sie sollten vielmehr Beiträge sein zur Aufhellung noch dunkler Parthien des Römischen Rechts, und durch neue Erörterungen der Römischen Rechtsideen neue Gründe zur Entscheidung bestrittener Rechtsfragen an die Hand geben. — Dabey ging ich bey der Behandlung der Justinianeischen Sammlung von der, wie ich glaube nothwendigen, Ansicht aus, daß, da der größte Theil ihres Inhaltes häufig einem ganz andern Rechtszustande und ganz andern Verhältnissen, wie die der Justinianeischen Zeit waren, seine Entstehung verdankt, daß deshalb auch eine Interpretation dieser Sammlung nur unter steter Berücksichtigung des ältern Rechtszustandes geschehen könne, ja oftmals eine Erklä-

rung einzelner Stellen nur allein durch dieses ältere Recht möglich sey. Und grade dahin strebte ich überall, schwierige, noch nicht völlig erläuterte Stellen dieser Sammlung durch Benutzung der Rechtsgeschichte befriedigender zu erklären, und dieß vornämlich deshalb, weil, sobald die schwierigsten Stellen über irgend eine Materie erklärt sind, dadurch auch stets die Natur des ganzen Instituts und die Rechtsregeln, auf denen es beruhet, außer Zweifel gesetzt sein werden, wenn ich gleich selbst fühle, daß ich an einigen Stellen noch mehr hätte dafür thun können und sollen. So können z. B. nach meinem Urtheile die ältern Grundsätze über Schenkungen über die so bezweifelte Frage, wie weit der Schenker für Eviction hafte, allerdings einige nähere Auskunft geben, zum wenigsten zeigen sie auf den ersten Blick deutlich, daß zwischen Paulus Sent. Rec. V. XI. §. 5. und l. 2. C. de evict. kein Widerspruch jemals Statt fand, indem in der letzten Stelle ausdrücklich von einer Schenkung an eine persona excepta, den Enkel, die Rede ist, während die erste allgemein vom non exceptus redet, dessen Klage stets die exceptio legis Cinciae entgegenstand. — Und grade in dieser Beziehung scheint noch jetzt, oder richtiger gesagt, jetzt mehr als jemals, für die Benutzung der Rechtsgeschichte ein weites Feld uns offen da zu liegen, wenn gleich schon wenige Materien sich möchten nachweisen

lassen, denen nicht schon durch genauere Kenntni des ältern Rechtes Bereicherungen und Berichtigungen zu Theil geworden wären. Jenes wichtige als interessante Geschäft, dunkle Materie und Streitfragen so aufzuhellen und zu erledigen ist uns jetzt um Vieles durch die neu entdeckte Quellen des ältern Rechtes erleichtert worden Wir haben ein neues Material erhalten, welche jedoch zum großen Theil selbst noch eigener Bearbeitungen zu seinem Verständnisse bedarf, und dieses um so mehr, damit wir in der Benutzung desselben für das Justinianeische Recht niemals Gefahr laufen, Mißgriffe zu begehen, und während wir die bisherigen Ansichten zu berichtigen glauben, durch falsch oder halb verstandene historische Notizen neue Irthümer und Streitigkeiten in das Justinianeische Recht hineinzutragen.

Hiernach bedarf es wohl keiner weitern Rechtfertigung dafür, daß hier neben Abhandlungen über noch geltende Materien ein Aufsatz über die lex Cincia erscheint. Nicht bloß aber eine Untersuchung über den Inhalt dieser Lex und die Grundsätze des ältern Rechts über Schenkungen war hiebey mein Zweck. Es bietet vielmehr diese Lehre einen höhern Gesichtspunct dar, welcher ihr ein allgemeines Interesse verleihet, indem nämlich keine Lehre deutlicher als diese uns das Verfahren der Römischen Juristen, die ganze Art und Weise,

wie sie die ihnen positiv gegebenen Rechtsnormen behandelten, vor Augen stellt, indem keine einleuchtender zeigt, daß so verwickelt und unerklärlich oft einzelne von ihnen ausgesprochene Rechtssätze und Entscheidungen Anfangs uns erscheinen mögen, diese doch nichts als consequente Folge eines höhern Prinzips sind — sey dieß ursprünglich durch Gesetzesvorschrift oder Bestimmung des Edicts positiv aufgestellt, oder durch Gewohnheit angenommen — dessen Aufsuchung und Feststellung also unser erstes, wenn auch noch so schwieriges Geschäft sein muß, sobald wir Rechtsinstitute aus der Zeit der klassischen Juristen zu behandeln haben. Dieser Mühe freilich werden wir stets mehr überhoben, je näher wir dem Zeitalter Justinians kommen. Denn in dieser Zeit läßt sich für die verschiedenen bey einem Rechtsinstitut geltenden Rechtssätze, welche in den Constitutionen vorgezeichnet wurden, nur noch — und auch dieß nicht einmal überall — ein allgemeiner Zweck nachweisen auf welchen die Kaiser hinarbeiteten, und zwar oft mehr oft minder glücklich, so daß wohl ein Fehlgriff, den man später durch neue Verordnungen abzuhelfen suchte, zur völligen Umgestaltung einer ganzen Lehre Anlaß wurde.

Dann aber möchte wohl diese Combination des ältern und neuern Rechts am leichtesten und sichersten zu einer Beurtheilung des Verfahrens

der Compilatoren bey der Behandlung der aus ältern Werken entlehnten Stellen, in materieller Hinsicht betrachtet, uns führen können. Das hiefür aus den nachstehenden Untersuchungen sich ergebende Resultat ist nun keineswegs ein sehr erfreuliches, indem so viel wenigstens aus ihnen hervorzugehen scheint, daß, wo in den ältern Quellen die Compilatoren ganz veraltete Rechtsinstitute vorfanden, sie diese durch Interpolationen auszumerzen, und ihnen einen dem neuern Rechte entsprechenden Anstrich zu geben suchten, in diesem Verfahren aber nicht selten höchst unglücklich waren, daß sie ferner, wenn in einzelnen Instituten die Rechtssätze sich verändert hatten, häufig in die aufgenommenen Stellen das neuere Recht hinein interpolirten, aber dennoch eben so oft die Verschiedenheiten der ältern und neuern Rechtsansichten übersahen, und unbewußt dem neuern Rechte widersprechende Stellen aufnahmen. Aber dieser Zustand unserer Quellen gewährt doch andrerseits den großen Vortheil, daß grade dadurch manche Notiz, unentbehrlich oft für andere Rechtslehren, uns aufbewahrt wurde.

Wie weit es mir nun gelungen ist, in jedem Aufsatze das mir gesteckte Ziel zu erreichen, darüber mögen Männer, quorum de ea re notio est, ihr Urtheil aussprechen. Nur daraus wird Niemand wohl mir einen Vorwurf machen, daß

meine Ansichten mit denen, welche man jetzt als die in der Theorie herrschenden Meinungen bezeichnen kann, nicht stets übereinstimmen. Denn nirgend wäre meiner Ueberzeugung nach eine strenge Kritik mehr an ihrem Orte, nirgend für die Wissenschaft nothwendiger als bey herrschenden Annahmen, aus dem einfachen Grunde, weil sie grade hier zu leicht ganz zu schweigen pflegt. Und sollte sie auch nur zu dem Resultate führen, daß die gegentheilige Ansicht bündiger wie zuvor dargethan würde, selbst dann wäre sie nicht vergeblich gewesen: auch dieses schon würde Gewinn für die Wissenschaft sein.

Göttingen im May 1826.

Inhalt.

Erste Abhandlung: Ueber die lex Cincia . . . . S. 1–64. §181

Zweite Abhandlung: Beitrag zur Lehre von der Pfandklage, vornämlich zur Reviſion der Lehre von dem für eine naturalis obligatio haftenden Pfande, und dem Pfandrechte an eigener Sache — 65–128. §124 §151

§ 106 Dritte Abhandlung: Ueber die vertragsmäßige Bestellung der Servituten . . . . S. 129-173.

§ 215 Vierte Abhandlung: Grundzüge der Lehre des Römischen Rechts von der Collation . . . — 174-258.

Civiliſtiſche
Abhandlungen.

Erste Abhandlung.

Ueber die lex Cincia.

Die Untersuchung der Frage, welches die Erfordernisse der Eingehung der Schenkungen nach dem ältern Römischen Rechte gewesen, und in welcher Beziehung dazu die lex Cincia stand, ist von jeher von allen Bearbeitern der Geschichte des Römischen Rechtes für eben so schwierig als interessant gehalten worden. Schwierig war sie früher theils wegen der so höchst dürftigen Nachrichten, welche auf uns gelangt waren, daß selbst eine strenge Kritik wohl die Frage aufwerfen konnte, ob überhaupt über die gewöhnlichen Schenkungen (abgesehen von dem, was ob causam orandam gegeben wurde) etwas in dieser lex Cincia verordnet gewesen: theils aber und vornämlich wurde die Schwierigkeit dieser Forschungen dadurch erhöhet, daß sie großentheils auf Stellen der Pandecten gegründet wurden. Denn diese, wiewohl entlehnt aus Schriften der Römischen Juristen, lassen dennoch in den meisten Fällen ungewiß, wie viel ih-

rem ursprünglichen Inhalte durch die Compilatoren hinzugefügt oder entzogen ist, und können gerade bey einer Materie, welche, wie die Lehre von den Schenkungen, im Laufe der Zeiten anerkannt mancherley Veränderungen erlitt, allein schwerlich einen genügenden Beweis für historische Forschung liefern, sind wenigstens stets nur mit der größten Vorsicht zu benutzen; vornämlich da grade bey dieser Lehre in der Justinianeischen Rechtssammlung, sobald man sie nur irgend genau mit den ältern Quellen vergleicht, allenthalben eine bedeutende Zahl Interpolationen vor Augen liegt, durch welche die Grundsätze des ältern Rechtes völlig verwischt und unkenntlich gemacht sind. Nachdem nun aber unsere Quellen durch die von Mai aufgefundenen "Juris Romani Antejusti. fragmenta Vaticana" bedeutend vermehrt sind, ist eine neue Untersuchung dieser Frage für die Rechtsgeschichte ein unentbehrliches Bedürfniß; selbst dann, wenn sich zeigen sollte, daß noch nicht jede einzelne Frage mit völliger Gewißeit beantwortet werden könne. Denn wir haben es jetzt noch mit der Aufsuchung und Feststellung der ersten Grundprincipien, auf welchen diese ganze Lehre beruhete, zu thun. Sind diese erst ausgemacht, dann wird es Zeit und leichter möglich sein, auch manche Nebenfrage, die hier noch zu übergehen oder nur kurz zu berühren war, der Entscheidung näher zu bringen.

Wegen der frühern Bearbeitungen dieser Lehre verweise ich, um nicht schon Gesagtes zu wiederholen, auf:

Savigny: Ueber die lex Cincia in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. IV. S. 1 - 59.

Heidelberger Jahrbücher der Literatur von 1820. S. 780 - 814.

Rudorff: Diss. de lege Cincia. Berol. 1825.

Die letzterwähnte Schrift ist meines Wissens die erste, welche seit dem Erscheinen der genannten Fragm. Vaticana diese Materie einer besondern Erörterung unterworfen hat, und daher ist sie auch hier genauer zu berücksichtigen. —

Als ausgemacht lassen sich zuvörderst folgende Puncte voranstellen:

1. Es war schon im ältern Rechte durch einen besondern Volksschluß ein bestimmtes Maaß für Schenkungen festgesetzt.

2. Von dieser Bestimmung waren nahe Verwandte — quinque gradus pleni excepti sunt, et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina [1]) — eine Zahl Affinen, für die donatio dotis nomine alle Cognaten eximirt, imgleichen den Patron und Pupill in Rücksicht dessen, was Freigelassene und Vormünder schenkten u. a.

Von dem ersten Satze, daß ein legitimus modus für Schenkungen festgesetzt war, findet sich jedoch in Mai's Palimpsesten nur eine Spur, welche man mit Gewißheit hierauf beziehen kann, nämlich §. 304:

Excipit tutorem qui tutelam gerit si dare volet, quia tutores quasi parentes proprii pupil-

1) Fragm. Vat. §. 299. — Grade so heißt es in l. 1. §. 1. D. de lege Julia Repetund. Excipit lex a quibus licet accipere, a sobrinis propioreve gradu cognatis suis — auch kommt in dieser lex Julia ebenso das "exceptis in infinitum capere permittitur" vor — l. 7. §. 1. D. eod.

lorum sunt: nam permisit iis (in) infinitum donare.

Hierdurch erhalten dann die Stellen bey Ulpian und Paulus, welche früher am deutlichsten darauf hinwiesen, ihre volle Bedeutsamkeit. Paulus Sent. Rec. V. XI. 6. sagt:

Ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur.

Die Exemtionen aber sind aufgezählt — ob diese Aufzählung erschöpfend ist oder nicht, müssen wir dahin gestellt sein lassen, denn selbst die eben erwähnte Stelle aus Paulus scheint einen neuen, gesetzlich begründeten Ausnahmsfall zu enthalten — in den citirten Fragmenten von §. 298 - 309. Diese Stellen sind sämmtlich aus Paulus lib. 71 ad Edictum entlehnt. Daß aber dennoch jene Ausnahmen nicht durch das Edict eingeführt sind, sondern schon durch die lex, welche jenen modus festsetzte, beweisen die Stellen selbst, vornämlich folgende:

§. 301. Ita si is qui in eo gradu est in potestate habeat eum, qui mihi longiori gradu sit, dare ei potero. Sic et lex Furia scripta est, eo amplius quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum 2).

2) Nicht unwichtig für die Frage, welchen Einfluß die lex Furia auf die Prätorische Intestaterbfolge gehabt: Schrader in Hugo's Civ. Magazin Bd. III. Heft 2. S. 162 ff. Glück Intestat-Erbf. §. 95. nota 8.

§. 303. Sed in hac affines qui sunt tempore donationis excipiuntur; idemque etiam D. Pius rescripsit: leges enim, quae voluissent etiam eos excipere qui fuissent, nominatim id cavisse.

Ferner §. 308.

Sed tantum patronum a liberto excipit. Quidam putant etiam liberos patroni exceptos — et sicut in XII tabb. patroni appellatione etiam liberi patroni continentur, ita et in hac lege.

3. An diese Bestimmungen, daß nämlich die hier erwähnte lex ein bestimmtes Maaß für Schenkungen festsetzte, davon aber selbst eine Reihe Ausnahmen festsetzte, läßt sich endlich noch als ausgemacht der Satz reihen, daß diese lex Schenkungen, welche jenes gesetzliche Maaß überstiegen, dennoch nicht für ungültig erklärte. Dieser Punct kann schon hier bewiesen werden durch die Anfangsworte in Ulpians Fragmenten:

. . . . prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit.

Daß die hier von Ulpian erwähnte lex dieselbe sey, deren die oben aus den Palimpsesten citirten Stellen gedenken, läßt sich wohl nicht bezweifeln, da in beiden von einem Volksschlusse die Rede ist, der für Schenkungen ein bestimmtes Maaß festsetzte. Wiewohl aber dieser ganzen Stelle Ulpians der Anfang fehlt, so kann doch ihr Sinn wohl nur folgender sein. Ulpian theilt alle leges rücksichtlich ihrer

Wirksamkeit in verschiedene Klassen ein: als letzte derselben — um mit dieser uns vollständig erhaltenen den Anfang zu machen — nennt er die minus quam perfectae, d. h. solche Volksschlüsse, welche das Geschäft, welches sie verhindern wollen, dennoch nicht für ungültig erklären, wohl aber dem gegen das Gesetz Handelnden eine Strafe androhen. Als die anderen, diesen gegenüberstehenden Klassen lassen sich nun folgende denken: theils die lex perfecta, welche etwas verbietet, und das Verbotene für nichtig erklärt, theils auch die lex plus quam perfecta, welche dieser Ungültigkeitserklärung noch eine Strafe hinzufügt, endlich die imperfecta, welche keines von beiden enthält, und so wenig diese Nichtigkeit der Handlung als eine Strafe androhet. Und zu dieser letzten Gattung gehört dann nach Ulpians Zeugnisse die lex, welche für Schenkungen ein bestimmtes Maaß vorschrieb.

Nimmt man dieses an, daß Ulpian jene vier Gattungen von leges unterschied, so ist es auch sehr natürlich, daß er die lex imperfecta vor der minus quam perfecta erwähnte. Dann stellte er nämlich die perfecta und imperfecta als Hauptarten einander gegenüber, und erwähnte neben jeder dieser Hauptarten die beiden andern, als Modificationen derselben, welche dadurch entstanden, daß der lex perfecta oder imperfecta die Androhung einer Strafe hinzugefügt wurde.

Diesen Begriff einer lex imperfecta erläutert aber vornämlich die l. 5. C. de legibus von Theodos, welcher zufolge früher das bloße Verbot eines Geschäftes in einem Gesetze noch nicht die Nichtig-

keit deſſelben bewirkte 3), ſondern dazu noch erforderlich war, daß außerdem das Geſetz jene verbotene Handlung ausdrücklich für nichtig erklärte. Fehlte alſo einer lex dieſe ausdrückliche Androhung der Nichtigkeit, ſo war entweder eine lex minus quam perfecta vorhanden, ſobald doch dem Uebertreter des Geſetzes eine anderweitige Strafe angedrohet war, oder eine ganz imperfecta lex, falls auch dieſes unterlaſſen war.

Dieſer Begriff ergibt ſich aber auch ſchon hinreichend aus den Worten Ulpians. Denn er definirt die lex minus quam perfecta folgender Maaßen:

> Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et si factum sit non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, et adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit.

Hier haben die Worte non rescindit anerkannt den Sinn, daß des verbietenden Geſetzes ungeachtet das Geſchäft dennoch zu Recht beſtehet, die Vollziehung deſſelben auf keine Weiſe gehindert, ſondern nur mit einer anderweitigen Strafe bedrohet iſt. Danach aber können die vorhergehenden Worte, welche die lex imperfecta characteriſiren "si plus donatum est non rescindit" keinen andern Sinn als den angegebenen haben: daß nämlich des Geſetzes ungeachtet, da dieß

3) Denn er erſt ſchreibt vor: — pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est. —

die Nichtigkeit, so wenig wie eine Strafe, besonders androhet, größere Schenkungen vollkommene Rechtsgültigkeit haben.

Stammt aber diese unwirksame Bestimmung über den modus auch wirklich aus der lex Cincia? Nichts ist wahrscheinlicher wie dieses. Denn die von dieser Vorschrift Eximirten heißen die exceptae legi Cinciae personae. Möglich wäre jedoch noch die Annahme, daß jene lex imperfecta ein anderer älterer Volksschluß gewesen, zu deren Bestimmung die lex Cincia, grade weil jene eine imperfecta lex war, neue wirksame Bestimmungen hinzufügte. Aber höchst unwahrscheinlich wäre doch eine lex — mag man nun als solche einen ältern Volksschluß oder auch die lex Cincia annehmen —, welche nichts als eine ganz unwirksame Vorschrift aufgestellt, von dieser aber sehr sorgfältig eine ganze Reihe Personen eximirt hätte. Dagegen ließe es sich weit eher denken, daß in der lex Cincia selbst neben einer andern, wirksamen Vorschrift über Schenkungen eine wirkungslose über den modus vorkam, wirkungslos deshalb, weil ihr die besondere Androhung der Nichtigkeit des dagegen eingegangenen Geschäftes fehlte. Diesen Punct aber weiter zu erörtern, wenden wir uns jetzt zu der Untersuchung über die Formen, welche das ältere Recht zur Eingehung einer rechtsbeständigen Schenkung (perfecta donatio) erforderte.

Früher nahm man bekanntlich ziemlich allgemein an, es sey in einem besondern Caput der lex Cincia verordnet, es solle keine Schenkung an eine persona non excepta gelten, wenn nicht zu der Schen-

tung einer res mancipi die Form der mancipatio oder in jure cessio hinzugekommen, oder eine res nec mancipi nicht tradirt wäre [4]): bis Savigny diese angenommene Bestimmuug mit der Verfügung über den Modus verband, und als Inhalt der lex Cincia annahm: Es solle keine Schenkung über diesen Modus hinaus ohne Mancipation oder resp. Tradition gültig sein. Beiden Ansichten stehet aber schon der Umstand im Wege, daß bey der Schenkung von Sachen Tradition sowohl als bey res mancipi die Mancipation nothwendig zum Begriffe der Schenkung sind. Denn Schenkung ist nichts als Uebertragung von Sachen oder Rechten ins Vermögen eines Andern, ohne andern Zweck als den, eine Liberalität zu üben. Sollen also Sachen geschenkt werden, so gehört zum Begriffe des Geschäfts, daß sie durch Tradition, oder wenn es res mancipi sind, durch mancipatio oder in jure cessio ins Eigenthum des Andern übertragen werden.

— Donari non potest nisi quod ejus fit cui donatur (l. 9. §. 3. D. de donat.) —

Obligirt sich dagegen Jemand aus reiner Liberalität zur Leistung einer Sache, so liegt in dieser freiwilligen Uebernahme dieser Obligation die Schenkung selbst. Die Uebertragung der Sache ist dann nicht mehr Schenkung, sondern Erfüllung einer Obligation; hier wird also nicht eine Sache geschenkt, sondern eine Obligation. Denn nur diese Vermögensvermeh-

4) Außer den gewöhnlich genannten auch schon Rosinus Corpus Antiquitat. Romanor. absol. (edit. Dempster 1663) lib. 8. cap. 22. und J. H. Boehmer Specim. Jurispr. Antej. ex Augustino §. 10. (Exerc. ad Pand. T. I. exerc. VI.).

rung des Andern durch die Obligation geschah: nullo jure cogente, was das erste Erforderniß jeder donatio ist. Daß aber in der Regel, wo im Römischen Rechte von Schenkung die Rede ist, an eine Schenkung von Sachen ohne vorausgegangene Obligirung zu denken ist, zeigt nicht nur die Stellung dieser Lehre im Institutionensystem, wo sie bey den Erwerbungsarten des Eigenthums abgehandelt ist, sondern auch viele Stellen des Römischen Rechtes, welche stets die donatio und obligatio einander entgegensetzen: z. B. l. 3. §. 1. D. de oblig. et act.

Gehört also Mancipation oder Tradition schon nach der Natur des Geschäftes zu dem Begriffe dieser Schenkung, so kann sie nicht als besondere Form in der lex Cincia für die personae non exceptae vorgeschrieben sein, so wenig überhaupt, als für die das gesetzliche Maaß übersteigenden Schenkungen.

Vornämlich aber stehet der letzten Ansicht noch entgegen, daß dann unsere lex schwerlich eine imperfecta heißen könnte: falls sie nämlich eine bestimmte Form für große Schenkungen vorgeschrieben, und im Fall der Nichtbeachtung dieser Form die Schenkung für ungültig erklärt hätte: denn dann hätte sie rescindirt, was ihren Vorschriften zuwider war. —

Nun aber lehren uns unsere neuen Quellen, daß bey Schenkungen an exceptae personae allerdings jede Schenkung perfect war, sobald Sachen, welche man schenken wollte, mancipirt oder tradirt waren, oder wenn eine Forderung übertragen sein sollte, sobald sich der Schenker durch Stipulation ob-

ligirt hatte 5); daß aber bey den non exceptae personae nach Verschiedenheit des Gegenstandes höchst verschiedene Formen erforderlich waren. Und diese Erfordernisse der Form müssen wir jetzt so viel möglich zu bestimmen suchen, bevor die Frage beantwortet werden kann, welches der eigentliche Inhalt unserer lex Cincia gewesen.

I. Schenkung von Sachen: und zwar

A. Unbewegliche res mancipi:

Diese mußten mancipirt oder in jure cedirt sein, und außerdem noch trabirt werden, damit die Schenkung rechtlich von Bestand, "perfecta" sein konnte:

> Mai Fr. Vat. §. 313. Donatio praedii quod mancipi est inter non exceptas personas traditione atque mancipatione perficitur, ejus vero quod nec mancipi est, traditione sola.

Dieser Gegensatz zeigt vornämlich, daß bey den res mancipi beides, Tradition und Mancipation, erforderlich ist.

Doch ist unsere Behauptung schon durch die Worte traditione atque mancipatione über jeden Zweifel erhoben. Denn zweierley ist bey der Erklärung derselben nur denkbar. Entweder könnten sie disjunctim so aufgefaßt werden, daß eins von beiden genügte, sowohl Mancipation allein, als auch die Tradition allein ohne Mancipation. Dieß würde aber ein handgreiflich falsches Resultat geben, da

5) Fragm. cit. §. 293. 310.

bloße Tradition bey Schenkungen von res mancipi an non exceptae personae auf keinen Fall genügt. Es bleibt daher nichts übrig, als wie oben geschehen ist, die Worte "traditione atque mancipatione" conjunctim zu verstehen, und danach beides copulativ zu erfordern. Und dazu kommt endlich, daß von den exceptae personae in §. 310. im Gegensatze zu unserer Stelle gesagt wird:

> Perficitur donatio in exceptis sola mancipatione. —

B. Bey unbeweglichen res nec mancipi genügte bloße Tradition zur Gültigkeit des Geschäftes. Dieß beweiset die eben citirte Stelle (§. 313), und außerdem §. 293. ibid.:

> In donatione rei tributariae inter exceptam et non exceptam personam legis Cinciae nulla differentia est, cum et vacuae possessionis inductione celebrata in utriusque persona perficiatur, et si hanc secutam post hujusmodi placitum non constet, manifeste nec coepta videatur.

Dieser Schluß zeigt zugleich nochmals, wie streng das Römische Recht zwischen einer Schenkung von Sachen und einem obligare donandi animo unterscheidet, und daß, wo im Römischen Rechte von einer Schenkung von Sachen die Rede ist, nie eine Stipulation als vorausgegangen gedacht werden kann. Denn sonst konnte nicht in Beziehung auf exceptae und non exceptae personae gesagt werden, es sey kein Unterschied bey der Schenkung eines Provinzialgrundstücks, es konnte hier gar nicht von dem Erforderniſſe der

post hujusmodi placitum nothwendigen Tradition beim exceptus die Rede sein, indem, wenn ein Obligiren durch Stipulation vorherging, dadurch schon die Schenkung an einen exceptus perfect war (§. 310). —

C. Wurden dagegen bewegliche Sachen geschenkt; so genügte nicht einmal die Tradition bey res nec mancipi, oder Mancipation und Tradition bey den mancipi res; vielmehr mußte der Beschenkte außerdem noch eine längere Zeit als der Schenker im letzten Jahre besessen haben, um gegen das Interdictum Utrubi gesichert zu sein, mit welchem Rechtsmittel sonst ihm der Schenker die Sache wieder abnehmen konnte. Und zwar wird dieser längere Besitz im letzten Jahre zur Perfection der Schenkung, zu ihrer Rechtsbeständigkeit erfordert. Daraus folgt theils, daß der Schenker mit dem Interdictum Utrubi, dem Beschenkten, so lange dieser selbst nicht majore anni parte besessen, die geschenkte Sache wieder abnehmen konnte, und ferner daß, wenn dem Beschenkten damit die Sache abgenommen war, dieser vom Schenker sie mit keiner Klage wieder abfordern konnte. —

War aber eine res mancipi bloß tradirt, so konnte, — und so auch bey unbeweglichen Sachen — die Usucapion dem Mangel der Mancipation oder in jure cessio abhelfen, und mit der Vollendung derselben war natürlich der Beschenkte auch stets schon gegen das Interdictum Utrubi gesichert. — Die Beweise liegen in folgenden Stellen:

§. 293. — rerum autem mobilium sive moventium, si non 6) excepti fuistis, quae mancipi sunt usucapta, vel mancipata post vel antea majore tempore a vobis anni possessa avocari non possunt. Nec mancipi vero traditione facta propter ejusdem interdicti potestatem similis possessionis probatio necessaria est. Nam si exceptus fuisti privignus tum constitutus, sola traditio sufficit. —

§. 311. — Paulus lib. 23 ad Edictum de brevibus —

Sed in persona non excepti sola mancipatio, vel promissio non perficit donationem. In rebus mobilibus, etiamsi traditae sint, exigitur, ut et interdicto Utrubi 7) superior sit is cui donata est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita. —

Unbedingt werden hier diese Erfordernisse für jede Schenkung verlangt, ohne daß irgend einmal auf einen Unterschied zwischen großen und kleinen Schenkungen hingedeutet wäre. Deshalb aber dürfen auch wir hier nicht diesen Unterschied hineintragen. Und es ist wohl zu willkührlich interpretirt, wenn Rudorff

6) Dieß "non" fehlt in der Handschrift. Der ganze Zusammenhang aber, und der Gegensatz des exceptus am Ende erfordern es nothwendig.

7) Daß so zu lesen ist Statt "vel", hätte wohl bey der Herausgabe nicht übersehen werden dürfen: denn hier ist von einem Interdict bey beweglichen Sachen die Rede, und zwar von einem, welches einen Besitz majori anni tempore voraussetzt. Dieser, so wie in der vorigen nota erwähnte Fehler des Textes ist auch schon von Rudorff gerügt.

(Diss. cit. p. 29. 37) dieſe neben der Mancipation erforderte Tradition unbeweglicher Sachen, und ebenſo das Erforderniß des längern Beſitzes bey beweglichen Sachen, um gegen das Interdictum Utrubi geſchützt zu ſein, auf ſolche Schenkungen eingeſchränkt wiſſen will, welche jenes uns unbekannte geſetzliche Maaß überſtiegen. Denn unſeren Quellen iſt dieſer Unterſchied durchaus fremd. Und unbedingt werden bey der Schenkung beweglicher Sachen alle jene Formen zur Gültigkeit des Geſchäftes verlangt 8). Die weitere Erörterung dieſer Frage muß aber hier noch ausgeſetzt werden. Ich bemerke nur noch, daß es mir nicht wohl erklärlich ſcheint, wenn derſelbe Schriftſteller (l. c. p. 39) und nach ihm auch Schweppe (in der Rechtsgeſch. §. 317 der 2ten Ausgabe) behauptet, jenes ganze Erforderniß des längern Beſitzes im letzten Jahre habe practiſch gar keine Folge gehabt, als daß die Sache tradirt ſein mußte. Dann habe ja der Beſchenkte nothwendig ſtets im Interdictsproceſſe ſiegen müſſen, weil er vermöge der ihm zu Gute kommenden accessio possesionis *) auf jeden Fall majore parte anni beſeſſen habe, als ſein Gegner, der Schenker ſelbſt. — Allein wie konnte dann möglicher Weiſe neben der Tradition in beiden oben citirten Stellen noch jener längere Beſitz von den Römern als nothwendig erfordert werden? Paulus aber ſagt:

8) Fr. cit. §. 311.

*) Gajus IV. §. 151. At in Utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam justum est ei accedere; veiut ejus cui heres exstiterit, ejusque a quo emerit, aut donatione acceperit.

"in rebus mobilibus etiamsi traditae sint exigitur, ut et interdicto Utrubi superior sit is, cui donata est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita".

Da also dieser längere Besitzstand als nothwendig zur Rechtsbeständigkeit des Geschäftes neben der schon erfolgten Tradition verlangt wird, so folgt daraus von selbst, daß in diesem Falle der Beschenkte, wenn er im Interdictsprocesse mit dem Schenker selbst rechtete, sich den Besitz desselben nicht zurechnen konnte. Denn wäre ihm eine accessio possessionis seines Auctors gegen diesen selbst zu Gute gekommen, so würde kein Römischer Jurist zur Perfection der Schenkung beweglicher Sachen mehr erfordert haben, als bey unbeweglichen Sachen, man würde Tradition verlangt haben, keineswegs aber neben dieser noch einen längern Besitz majore tempore anni. Einerseits aber diesen längern Besitz für nothwendig erklären, und andrerseits bloß Tradition zur Perfection der Schenkung für genügend halten — dieß kann wohl für nichts Anderes als einen Widerspruch gelten. —

Bevor es möglich ist, die Entstehung dieser Grundsätze zu erörtern, müssen wir erst die übrigen Bestimmungen, welche unsere neuen Quellen uns kennen gelehrt, durchgehen, und

II. untersuchen, welches die Erfordernisse einer schenkungsmäßigen Obligirung, der stipulatio donandi animo, waren. Beim Exceptus war unbedingt durch die Stipulatio die Schenkung perfect, die Forderung war dadurch ins Vermögen des Beschenkten übertragen, und seiner Klage stand keine Exceptio entgegen.

Allein anders verhielt es sich beim non exceptus. Denn einer Klage von seiner Seite stand, wie wir jetzt mit Bestimmtheit wissen, eine Exceptio legis Cinciae entgegen, welche in factum concepta so lautete:

"Si non donationis causa promisi me daturum".

§. 310. (Paulus libr. 23 ad Edictum de brevibus). Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione, vel promissione, quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum: Si non donationis causa mancipavi, vel promisi me daturum; idque et D. Pius rescripsit.

Wichtig vornämlich sind hier folgende Fragen:

1. Ging diese Exceptio donationis bloß auf Schenkungen, welche den uns unbekannten legitimus modus überstiegen, oder konnten sie einer jeden Klage aus einer Schenkung opponirt werden, ohne Unterschied der Größe der Forderung?
2. Wurde auch diese Schenkung durch nachfolgende Mancipation, Tradition und den längern Besitz bey beweglichen Sachen perfect?

Die Wortfassung des §. 310. muß uns nothwendig zu der Ansicht führen, daß diese exceptio jeder Klage auch aus der geringsten Schenkung entgegenstand. Denn in factum concepta lautete sie:

Si non donationis causa promisi.

Auch der aber, welcher die geringste Summe schen-

kungsweise versprach, hat donationis causa promittirt, mußte also diese exceptio gebrauchen können. Unbedingt wird ferner (§. 311.) gesagt:

> In persona non excepta promissio non perficit donationem.

So lange also nicht bewiesen ist, was schwerlich zu beweisen, daß die Römischen Juristen unter donatio stets eine immodica donatio, unter promissio ebenfalls nur eine immodicae donationis causa promissio verstanden wissen wollten, bis dahin ist schon durch diese Stellen dargethan, daß jene exceptio jeder Klage aus einem schenkungsmäßigen Versprechen von Seiten eines non exceptus entgegen stand.

Andrer Ansicht ist auch hier Rudorff (p. 30). Auch diese Einrede soll, so wie das Erforderniß der Tradition und Mancipation beim fundus Italicus, und des längern Besitzes bey beweglichen Sachen, sich nur auf solche Schenkungen bezogen haben, welche jenes unbekannte gesetzliche Maaß überstiegen. Und zwar erstens, weil die lex Cincia keine andere Bestimmung enthalten als die Vorschrift über jenen modus. Dieß ist aber wohl eine petitio principii. Zweitens und vornämlich wird dies behauptet wegen der l. 21. D. de donat., in welcher die exceptio donationis als nur zulässig bey einer donationis immodicae causa promissio dargestellt wird. Allein wenn man auch zugibt, und allerdings zugeben muß, daß unter Umständen eine Stelle der Pandecten einen historischen Beweis zu liefern vermag, wie ist es irgend denkbar, aus ihnen einen Gegenbeweis gegen Quellen zu deduciren, welche rein und unverfälscht das al-

tere Recht darstellen? Denn da diese Exceptio bey den Alten lautet: Si non donationis causa promisi, zu Justinians Zeit aber: Si non immodicae donationis c. promisi, so beweiset diese Zusammenstellung geradezu, daß die Compilatoren, da sie einmal Stellen aus den Schriften der Juristen über Schenkungen aufnehmen wollten, hier geändert haben, und nothwendiger Weise ändern mußten, wenn sie nicht das alte, zu ihrer Zeit ganz veränderte Recht in ihrer Compilation noch vortragen wollten. Daß sie dieß aber in den Digesten nicht darstellen wollten, folgt aus diesen selbst zur Genüge. Denn allenthalben ist der für das ältere Recht so bedeutungsvolle Unterschied der exceptae und non exceptae personae in den Stellen aus Juristen ausgemerzt: überall ist das Erforderniß der Mancipation und Tradition, und nicht minder das Erforderniß des Besitzes majore anni parte bey beweglichen Sachen vertilgt. Die Compilatoren wollten also nicht das alte Recht darstellen, sondern das Justinianeische. Deshalb waren hier Aenderungen unerläßlich. Daß sie aber auch, wo diese Nothwendigkeit gar nicht Statt fand, dennoch geändert haben, zeigt z. B. Paulus Sent. Rec. V. XI. 6. verglichen mit l. 34. §. 1. D. de donat. Paulus sagt:

> Ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur —

Die Compilatoren lassen ihn sagen:

> Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est.

Dieß sollte uns doch dahin führen, grade hier, wo so viele Aenderungen ganz nothwendig waren, und vor Augen liegen, nicht länger für eine kritische Untersuchung über das ältere Recht eine einzelne Pandectenstelle ohne weitere innere Gründe als beweisend anzusehen, am wenigsten aber aus den Pandecten den Gegenbeweis gegen unverwerfliche ältere Quellen führen zu wollen.

Doch sind jenes keineswegs die einzigen vor Augen liegenden Interpolationen. Es wird unten noch mehrfach der Beweis sehr mancher Interpolation geführt werden.

Endlich aber beruft sich R. auf einen Ausspruch Justinians in l. 34. §. 4. C. de donat. Dieser sagt: die "veteres" hätten bey der Berechnung der Größe gezweifelt, ob eine stipulatio annuae quantitatis als eine oder mehrere Schenkungen zu behandeln sein. Allein unter den "veteres" kann Justinian unmöglich die klassischen Juristen verstanden haben: denn er sagt grade von diesen "veteres", sie hätten darüber gezweifelt, ob eine solche Schenkung der Insinuation bedürfe, oder nicht 9). Und daß hierüber die ältern Römischen Juristen gestritten, wird ihnen doch Niemand Schuld geben. —

Die Untersuchung der zweiten Frage, ob diese obligatio donandi animo durch das Hinzukommen der Mancipatio u. s. w. zu einer perfecta donatio wurde, muß hier ausgesetzt werden, damit wir

9) — et procul dubio monumentorum observatione vallandam, quod veteres quidem satis abundeque variaverunt.

uns erst nach dem Grunde und dem Ursprung jener Formen umsehen können, weil dieser Punct auch für die Frage, welchen Schenkungen jene exceptio entgegegen gestanden, von der größten Wichtigkeit ist.

Woher also stammen diese einzelnen, so verschiedenartigen Erfordernisse? Wurden sie ausdrücklich durch die lex Cincia festgesetzt, oder von den Römischen Juristen als nothwendige Folge irgend eines andern Grundsatzes hergeleitet, oder endlich beruhen sie auf besondern Vorschriften des Edicts? Letztern Weg, den leichtesten sicher, schlägt Rudorff ein 10). Seiner Ansicht zu Folge enthält nämlich die lex Cincia nichts als das Verbot über ein gewisses Maaß hinauszuschenken, ohne daß jedoch irgend Folgen von diesem Verbote abhängig gemacht sind, und eine bedeutende Reihe Exceptionen von dieser Vorschrift. Hierauf aber hat gegen die das Maaß übersteigenden Schenkungen der Prätor eine Einrede, eine legis Cinciae exceptio, und ebenso eine rescissoria actio eingeführt. Letzteres wird wiederum bewiesen durch die l. 21. §. 1. D. de donat. Diese Strenge der rescissoria actio wurde dann aber später dadurch gemildert, daß nach besonderer Vorschrift des Edictes diese Klage wegfiel, sobald bewegliche Sachen vom Beschenkten majore anni tempore besessen, unbewegliche res mancipi mancipirt und tradirt waren.

Diese Annahmen lassen aber noch einigen Zweifeln Raum:

10) l. c. pag. 34. seqq.

1. War vom Prätor eine besondere rescissoria actio zur Aufhebung einer jeden das gesetzliche Maaß übersteigenden Schenkung eingeführt, diese aber dahin modificirt, daß sie wegfiel, sobald die öfter genannten Erfordernisse der Perfection vorhanden waren: so würde daraus folgen, daß diese Klage noch zur Zeit der Juristen Statt gefunden, sobald es an einem dieser Erfordernisse fehlte. Dieß ist nun aber keineswegs der Fall. Denn ist eine res mancipi bloß tradirt, so tritt die gewöhnliche rei vindicatio ein [11]: sind Provincialgrundstücke noch nicht tradirt — durch Tradition wird hier die Schenkung perfect — so ist noch gar nichts geschehen, was irgend rescindirt werden könnte: denn "si hanc (traditionem) secutam post hujusmodi placitum non constet, manifeste nec coepta videtur donatio (Fr. cit. §. 293). Ebenso konnte bey beweglichen Sachen der Schenker entweder sich durch die rei vindicatio und das Interdictum Utrubi helfen, so lange der Beschenkte nicht Eigenthümer geworden, oder noch nicht als possessor im Interdictsprocesse siegen konnte, oder diese Rechtsmittel waren ausgeschlossen, und die donatio nach den oben citirten Stellen eine perfecta geworden. In allen Fällen traten also ganz die gewöhnlichen Rechtsmittel ein, wodurch Jemand sein Eigenthum oder sei-

11) Eine Spur dieser vindicatio einer tradirten res mancipi scheint selbst noch in l. 2. D. pro donato vorzukommen; nur daß hier jetzt von einer res aliena die Rede ist, was aber Marcellus schwerlich geschrieben haben kann, da der Schenker die Sache vindicirt. Allem Anschein nach ist also auch hier, wie überall, wo die Juristen die Usucapion einer tradirten res mancipi erwähnten, von den Compilatoren der Begriff einer res aliena hineingetragen. —

nen Besitz zu sichern sucht. Und wo diese ausgeschlossen sind, ist die donatio eine perfecta. Eine durch das Edict besonders verstattete rescissoria actio konnte also zur Zeit der klassischen Juristen nie vorkommen, und deshalb ist denn auch in unsern Fragmenten keine Spur von ihr zu entdecken. Wenn sie daher im Justinianeischen Rechte als practisches Recht erwähnt wird, so folgt daraus — nicht, daß sie vor der Zeit der Klassiker, in deren Schriften sie in Justinians Compilation gelesen wird, geltendes Recht war; sondern weit eher läßt sich daraus der Schluß rechtfertigen, daß diese Stellen eine durch das neueste Recht nach welchem größe Schenkungen, die nicht unter gewissen Formen eingegangen sind, rescindirt werden können — nothwendig gewordene Interpolation enthalten, indem, wie schon oben bemerkt wurde, die Compilatoren nicht das ältere Recht, sondern das zu ihrer Zeit gültige darstellen wollten. Eben so gut könnte man sonst aus den dem Ulpian zugeschriebenen Worten: Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis — l. 1. D. de legatis I. — schließen, nicht, daß diese Worte ihre Entstehung den Compilatoren verdanken, sondern daß vor Ulpian dieser Rechtssatz gegolten, und erst vom Prätor eine Menge Unterschiede zwischen Legaten und Fideicommissen eingeführt sein.

2. Höchst unwahrscheinlich ist aber ferner schon an und für sich betrachtet die Annahme, daß durch besondere Edicte vom Prätor bey unbeweglichen res mancipi das Erforderniß der Tradition neben der Mancipation, und außerdem bey beweglichen Sachen jenes

Erforderniß des längern Besitzes im letzten Jahre festgesetzt sein sollte. Wie hätte Jemand irgend darauf verfallen sollen, durch eine besondere gesetzliche Vorschrift zur Gültigkeit einer Schenkung ausdrücklich ein Mehreres bey einer beweglichen Sache wie bey einem Grundstücke zu verlangen, bey einem Grundstücke Tradition (entweder allein, oder neben der Mancipation) für genügend zu erklären, dagegen außerdem noch bey einer beweglichen Sache jenen längern Besitz im letzten Jahre zu verlangen? und noch dazu in diesem längern Besitze ein Erforderniß zu bestimmen, welches die verschiedenartigsten Resultate hervorbringen mußte, je nachdem der Schenker die Sache längere oder kürzere Zeit besessen; so daß bald der Besitzstand eines einzigen Tages zur Perfection des Geschäftes genügte, bald ein halbes Jahr dazu erforderlich war, um den Beschenkten gegen das Interdictum Utrubi sicher zu stellen?

Unerklärlich muß dieses aber bleiben, sobald man annimmt, daß diese Grundsätze durch besondere positive Bestimmungen festgesetzt waren. Für unerklärlich erklärt sie daher auch Rudorff 12). Daß sie aber durch das Edict festgesetzt sind, gleichwie die Cinciae exceptio diesem ihre Entstehung verdanken, glaubt Rudorff dennoch annehmen zu müssen, weil die Stellen, in welchen dieser Bestimmungen gedacht wird, aus Schriften der Römischen Juristen ad Edictum entlehnt sind, und zwar jene exceptio und das Erforderniß des längern Besitzstandes im letzten Jahre

12) l. c. p. 38. 39.

bey beweglichen Sachen aus Paulus lib. 23. ad Edictum de brevibus. Hiernach sey nichts wahrscheinlicher, als daß durch ein breve edictum diese Bestimmungen der lex Cincia hinzugefügt sein. Damit ist denn eine Stelle aus Plinius V. Ep. 21. in Verbindung gebracht, in welcher nach der Lesart einiger Handschriften stehet:

> Nepos Praetor, qui legi de muneribus proposuerat breve edictum 13). —

Allein — um mit diesem letzten Argumente den Anfang zu machen — die folgenden Worte des Plinius zeigen, daß sich dieß Edictum gar nicht auf die gewöhnlichen, uns hier interessirenden Schenkungen, sondern auf die Vorschrift der lex Cincia bezog, daß *Niemand* ob causam orandam ein Geschenk annehmen solle. Denn Plinius fügt hinzu:

> Admonebat accusatores, admonebat reos, se exsecuturum quae senatusconsulto continerentur. Suberat edicto SCum. Hoc omnes, quidquid negotii haberent, jurare prius quam agerent jubebantur, nihil se ob advocationem cuiquam dedisse promisisse cavisse etc.

Wie Plinius weiter erzählt, war dieß Senatusconsult 14) zu seiner Zeit außer Anwendung gekommen; dieß also rief der Prätor Nepos seinen Zeitgenossen

13) Die gewöhnliche Lesart und die der besten Handschriften ist N. P. qui legibus quaerit. Proposuerat etc.

14) Hierüber ist überhaupt zu vergleichen Brummeri Commentarius ad legem Cinciam cap. VI. und Haubold (resp. Gaudlitz) de edictis monitoriis et brevibus p. 18 sqq.

durch einen kurzen Anschlag (breve edictum) ins Gedächtniß zurück. —

Daraus aber, daß die Stellen, worin von den Erfordernissen der Formen der Schenkungen, und von jener exceptio die Rede ist, aus Schriften ad Edictum hergenommen sind, kann wohl am wenigsten gradezu geschlossen werden, daß diese Bestimmungen ihren Ursprung im Edicte hatten. Denn eben so gut kann man sagen, es folgt daraus weiter nichts, als daß die Schriften ad Edictum, wie allgemein bekannt ist, auch civiles Recht enthielten. Und sind nicht auch alle die oben citirten Stellen, worin die anerkannt von einer lex eximirten Personen aufgezählt sind, ebenfalls aus Paulus ad Edictum? Und wie ist es denkbar, daß man eine durch ein besonderes Edict eingeführte Einrede die legis Cinciae exceptio genannt haben sollte? So aber wird sie ausdrücklich in allen Stellen, wo ihrer gedacht ist, genannt [15]).

Es scheint vielmehr mit dieser Exceptio, welche jeder Klage eines non exceptus aus einer Schenkung, sey es der Vindicatio bey der Schenkung von Sachen, oder der Klage aus einer Stipulation, entgegenstand, eine ganz ähnliche Bewandniß zu haben, wie mit den aus Senatusconsulten herstammenden Exceptionen. So wenig irgend Jemand behaupten wird, daß die Exceptio SCti Macedoniani und Vellejani, weil die Juristen in den libris ad Edictum, wie ein Blick in die Pandecten-Titel zeigt, sehr ausführlich davon handelten, ihren Ursprung dem Edicte, und nicht jenen Senatusconsulten selbst verdanken, so wenig

15) Mai Fr. S. 310, 266.

läßt sich der Schluß rechtfertigen, die legis Cinciae exceptio habe ihren Grund nicht in dieser lex selbst, sondern sey erst vom Prätor eingeführt. Wahrscheinlich ist es mir, daß diese legis exc. im Edicte erwähnt war, so gut wie die durch Senatusconsulte eingeführten Exceptionen. Denn Gajus (IV. 118) sagt:

> Exceptiones autem alias in edicto Praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat, quae omnes vel ex legibus, vel ex his quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione Praetoris proditae sunt.

Alle Exceptionen stammen also — wie dieß auch im §. 6. J. de except. und von Theophilus ad h. l. gesagt ist, entweder aus leges (warum sollen wir nun von dieser, fast der einzigen legis exceptio, welche mit Bestimmtheit so genannt wird, behaupten, sie sey keine legis exceptio?) oder aus Senatusconsulten, und Constitutionen 16), oder endlich sie waren vom Prätor selbst erst eingeführt. Diese alle aber standen im Edicte nach Gajus ausdrücklichem Zeugnisse aufgeführt: denn zu denen, quae causa cognita accommodantur, wird doch schwerlich Jemand die l. Cinciae exceptio rechnen dürfen. Und deshalb wohl handelten die libri ad Edictum sehr ausführlich von dieser exceptio und demnach von der ganzen Lehre von den Schenkungen.

16) Von diesen mochte die jure fisci §. 8. erwähnte älteste wohl bey Gajus IV. §. 117. und die Fragm. de sein.

Die Aufnahme dieser Exceptionen ins Edict ist aber der Art und Weise, wie sie in den leges oder Senatusconsulten ertheilt wurden, ganz angemessen. Denn es wurde, wie die l. 2. §. 1. D. ad SCum Vellej. und die lex Rubria de Gallia Cisalpina 17) zeigt, die exceptio nicht gradezu ertheilt, sondern nur der Prätor angewiesen, sie zu ertheilen.

Wollten wir aber auch selbst die Behauptung, daß die legitimae exceptiones im Edicte aufgeführt waren, fallen lassen, so würde dennoch daraus noch für die gegentheilige Meinung gar nichts folgen. Denn daß die Juristen in ihren Büchern ad Edictum gar vieles abhandelten, wovon im Edicte selbst nichts stand, ist anerkannt. Und standen Paulus libri brevium in demselben Verhältnisse zu den im Edicte befindlichen brevibus — wenn anders, was aber auch wohl noch zu beweisen, es deren im Edicte wirklich gab — so folgt aus dem Umstande, daß Paulus in seinen Brevibus die exceptio l. C. und jenes Interdictum Utrubi erwähnte auch keineswegs, daß darüber vom Prätor durch ein breve edictum eine besondere Vorschrift erlassen war. Zu weit freilich würde uns hier eine völlige Erörterung der Bedeutung der brevia edicta führen. Allein wahrscheinlich ist mir noch immer die freilich von den neuesten Schriftstellern verworfene Ansicht, daß Paulus "libri 23. brevium" einen kürzern Abriß seiner libri 80 ad

17) — quodque quisque quomq. d. e. r. decernet interdicetve seive sponsionem fieri judicarive jubebit, judiciumve quod d. e. r. dabit, is in id decretum interdictum, sponsionem, judicium exceptionem addito addive jubeto rel. (In Hugo's Magazin Bd. II. S. 434).

Edictum enthielten, wofür nicht nur der Name, die Zahl der Bücher, und die Ordnung der einzelnen Lehren in diesen, welche ganz mit der in dem ausführlichern Werke befolgten übereinstimmt, sondern auch die Fassung der einzelnen Stellen, welche uns noch übrig sind, zu sprechen scheint. —

Ist aber nach diesem Allen gar kein Grund vorhanden für die Behauptung, die legis Cinciae exceptio sey keine legis exceptio, so haben wir dadurch eine feste Basis für unsere ganze Untersuchung gewonnen.

Dürfen wir hier nämlich als ausgemacht annehmen, daß die Bestimmung über den modus ebenfalls auf der lex Cincia beruhete, so würde daraus folgen, daß diese exceptio jeder Klage aus einer Schenkung ohne Rücksicht auf ihre Größe entgegenstand. Denn dann müssen wir beide Bestimmungen als von einander ganz unabhängige Vorschriften betrachten: weil, wenn die lex Cincia verbot über ein bestimmtes Maaß zu schenken, und für diesen Fall dem Schenker eine exceptio gab, Ulpian schwerlich von derselben sagen konnte: Si plus donatum est, non rescindit. Wenn dagegen die lex Cincia allgemein eine exceptio gegen jede Klage aus einer Schenkung einführte, außerdem aber noch festsetzte, es solle Niemand über ein bestimmtes Maaß schenken, und von diesem Verbote weiter gar keine Folgen abhängig machte, so konnte sehr wohl in Beziehung auf diese ganz für sich bestehende Vorschrift unsere lex eine imperfecta heißen. —

Freilich ließe es sich denken, daß in einer ältern lex imperfecta jener modus festgesetzt war, und nun

die l. Cincia festsetzte: Es solle dem Schenker gegen jede Klage aus einer Schenkung eine exceptio verstattet werden, ausgenommen gegen solche Personen, denen jene ältere lex in infinitum zu schenken erlaubt habe.

Allein nach Ansicht unserer Fragmente (§. 298 seqq.) glaube ich doch das Gegentheil annehmen zu müssen; und danach scheint mir die lex Cincia, so weit sie sich auf die gewöhnlichen Schenkungen bezog, folgende drey Hauptabschnitte enthalten zu haben:

I. Zuerst wurden die Personen aufgezählt, unter denen alle oder doch gewisse Schenkungen fernerhin unbeschränkt sein sollten: und zwar die Verwandten, welche man eximirte, unter der Formel: iis omnibus inter se donare capere liceto: die Tutoren vielleicht unter der Form: iis in infinitum donare liceto (§. 298. §. 304. — Paulus S. R. V. XI. 6.).

II. Dann folgte das Verbot, andern als den namentlich eximirten Personen über ein gewisses Maaß hinaus zu schenken. Dieser Bestimmung fehlte aber die zur Wirksamkeit derselben nothwendige besondere Androhung der Nichtigkeit einer größern Schenkung: Si plus donatum est, non rescindit. Endlich wurde

III. festgesetzt: daß gegen jede Klage aus einer Schenkung von Seiten einer Person, der über jenes Maaß hinaus zu schenken, nicht in diesem Gesetze erlaubt sey, dem Schenker vom Prätor eine exceptio gegeben werden solle. —

Diese Fassung unserer lex glaube ich deswegen annehmen zu müssen, weil sich so am natürlichsten erklärt, warum, wenn gleich die Exceptio die einzige wirksame Vorschrift der lex war, die Römischen Juristen bey der Frage, ob Jemand exceptus sey, — so daß ihm also keine Einrede entgegenstand — erst untersuchen, ob, ihm in infinitum zu schenken, durch die lex erlaubt sey (§. 304. cit.) —

Ueber die so verschiedenartigen Formen der Schenkungen ist aber in der lex Cincia so wenig wie im Edicte irgend eine Bestimmung enthalten gewesen. Es sind nämlich sämmtliche Erfordernisse der Rechtsbeständigkeit der Schenkungen nichts als nothwendige Folgen jener exceptio legis Cinciae. Hievon ist jetzt der Beweis zu liefern.

Stand gegen jede Klage, welche ein non exceptus aus der Schenkung anstellte, dem Schenker eine Einrede zu, so folgt daraus:

1. Daß, wenn eine unbewegliche res mancipi geschenkt wird, zu der Mancipation, durch welche sie ins Eigenthum des Beschenkten übertragen werden soll, noch die Tradition hinzukommen muß. Der Beschenkte ist freilich durch die bloße Mancipation schon Eigenthümer geworden; allein seiner durch die Mancipation begründeten in rem actio, stehet noch die exceptio legis Cinciae entgegen, die in factum concepta lautete: Si non donationis c. mancipavi. War ihm aber außerdem noch die Sache tradirt, so war die Schenkung vollkommen und unwiderruflich, da die lex dem Schenker nur eine Einrede gab, keine

besondere Klage auf Rückforderung. Dem exceptus konnte diese Einrede nicht opponirt werden: daher war auch bey ihm auf jeden Fall durch die bloße Mancipation die Schenkung perfect.

Hiemit stimmen aber unsere Quellen völlig überein. So sagt Paulus (Fr. cit. §. 310):

> Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione, vel promissione, quoniam, neque legis Cinciae exceptio obstat, neque in factum: Si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum.

Dem non exceptus aber stand diese Einrede entgegen, auch wenn er schon Eigenthümer durch die Mancipation geworden war, und deshalb mußte zu dieser Mancipation erst noch die Tradition hinzutreten, um ihm völlige Sicherheit zu gewähren. War ihm aber eine res mancipi bloß tradirt, so hätte er allenfalls durch eine exceptio doli sich gegen die rei vindicatio des Schenkers sicher stellen können; allein jede Einrede von seiner Seite konnte wieder durch eine replicatio legis Cinciae vernichtet werden. In diesem Falle war er daher erst durch die vollendete Usucapion der geschenkten Sache gegen die Vindication gesichert, und erst in diesem Augenblicke die donatio perfecta. Hiefür sind uns vornämlich folgende Stellen von Wichtigkeit:

> §. 259. Mulier sine tutoris auctoritate praedium stipendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfectam in praedio ceterisque rebus nec mancipi donationem esse apparuit; servos autem et pecora quae

collo vel dorso domarentur usu non capta [18]). Si tamen voluntatem mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem. Nec enim mortis causa capitur quod alteri donatum est, quamvis morte Cincia removetur.

Ferner: §. 294. — diversa ratio est contra legem Cinciam factae donationis: tunc enim exceptio voluntatis perseverantia doli replicatione perimitur.

Zuerst ist hier der Grundsatz zu bemerken, daß die Erben des Schenkers eine imperfecta donatio nicht anfechten können, sobald der Schenker ohne seinen Willen zu ändern verstarb, wie auch Ulpian in §. 266. sagt:

Sed et heres ejus (uti potuit exceptione Cinciae) nisi forte durante voluntate decessit donator.

In allen Stellen wird ferner die Ungültigkeit der Schenkung aus der exceptio hergeleitet. Denn im §. 259. wird dem, welcher die tradirten res mancipi nicht usucapirt hatte, gegen die Erben eine doli duplicatio wegen der perseverantia voluntatis des Schenkers gegeben; dieß setzt also voraus, daß diese und der Schenker eine replicatio Cinciae hatten und haben mußten, wenn der Beschenkte auf die vom Schenker freiwillig vorgenommene Tradition eine exceptio doli gründen wollte. Denn sonst ließe sich eine duplicatio gar nicht denken. Und endlich ist der

18) cf. §. 293.

Sprachgebrauch der Juristen wohl zu beachten. Sie nennen (§. 294.) die wegen der exceptio unkräftige Schenkung eine donatio contra legem Cinciam. Und jener Grundsatz, daß der Erbe diese Schenkungen nicht widerrufen kann, wenn der Schenker ohne seinen Willen zu ändern stirbt, wird (§. 259.) so ausgedrückt: morte Cincia removetur. Dieses Alles weiset deutlich darauf hin, daß die exceptio, auf welcher die Erfordernisse der Form beruheten, aus der lex Cincia selbst stammt.

2. Wenden wir dieses auf unbewegliche res nec mancipi an, so folgt daraus, daß die Schenkung derselben bey allen Personen ohne Unterschied durch bloße Tradition perfect werden mußte. Ebenso sind

3. die bey der Schenkung beweglicher Sachen Statt findenden Eigenthümlichkeiten, so merkwürdig sie auf den ersten Blick auch erscheinen mögen, dennoch nichts als eine streng consequente Folge dieser dem Schenker durch die lex Cincia verwilligten Einrede. Ist nämlich eine bewegliche Sache durch Mancipation oder Tradition ins Eigenthum eines non exceptus übertragen, so kann sie freilich der Schenker nicht vindiciren: denn er hat einmal das Eigenthum übertragen. Er kann aber das Interdictum Utrubi anstellen, so lange der Beschenkte noch nicht majore parte anni besessen hat. Und er siegt im Interdictsprocesse, weil es hier nicht auf den jetzigen Besitz ankommt, sondern darauf, wer die längste Zeit im letzten Jahre non vi, non clam, non precario ab adversario besessen hat. Und deshalb heißt es in unsern Fragmenten §. 293: Dieser längere Besitz sey nothwen-

wendig bey beweglichen Sachen propter interdicti potestatem.

Der Uebelstand, welcher aus der Fassung dieses Interdictes hervorging, daß nämlich nach den Worten des Edictes der, welcher durch ein vollkommen gültiges Geschäft, z. B. durch Kauf, eine bewegliche Sache übertragen, diese dem Erwerber dennoch eine Zeitlang durch das Interdict wieder abnehmen konnte, wurde freilich dadurch unschädlich gemacht, daß man in der Regel dem Beklagten erlaubte, sich den Besitz seines Auctors auch im Streite mit diesem selbst mit zurechnen zu dürfen. Doch wurde diese accessio possessionis gar nicht unbedingt in allen Fällen gestattet. Vielmehr kennt das Römische Recht folgende Regel:

> De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate. 19).

Diese aequitas war nun allerdings bey den meisten Geschäften, wodurch Eigenthum übertragen werden sollte, vorhanden, allein auch bey diesen nicht in allen und jeden Fällen. So war nichts natürlicher, als in der Regel dem Käufer eines Sklaven die accessio possessionis auch gegen seinen Verkäufer selbst zu gestatten, weil ja sonst doch der Käufer den Sklaven wieder durch eine neue Klage vom Verkäu-

19) Diesen Satz stellt Scaevola in l. 14. pr. D. de divers. et temp. praescr. an die Spitze der leider jetzt unvollständigen Untersuchung über die Zulässigkeit dieser accessio.

fer, auch wenn dieser im Interdictsprocesse gesiegt hätte, abfordern konnte. Aber sicher wird man sie dem Käufer nicht mehr gestattet haben, wenn eine lex commissoria, in diem addictio oder ein ähnlicher Nebenvertrag dem Kaufe hinzugefügt, und durch diesen bereits das Geschäft war resolvirt worden 20). Grade so wird denn auch von Scävola in l. 14. cit. §. 3. D. de div. et temp. praescr. — einer Stelle, welche freilich für das Justinianeische Recht gar keinen Sinn mehr hat, deshalb den Interpreten von jeher unverständlich war, aus demselben Grunde aber unbedenklich zu historischen Belegen benutzt werden darf — demjenigen, welchem ein Pfand vom Gläubiger weiter verpfändet worden, gegen Dritte sowohl als gegen den Schuldner selbst eine accessio des Besitzes dieses Schuldners selbst zugestanden; aber auch diese accessio possessionis des ersten Verpfänders gegen ihn selbst wird nach Gründen der aequitas nur so lange dem Afterpfandgläubiger gestattet, als das Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers dauert, ihm versagt, sobald des ersten Gläubigers Recht erloschen ist *).

20) l. 6. §. 1. D. de diversis et temp.

*) Die Worte der Stelle sind: Et si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pigneravi, meus creditor utetur accessione tui temporis tam adversus extraneos quam adversus te ipsum quamdiu pecuniam mihi non exsolveris. Sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu non utetur accessione tua. — Da eine dem Pfandgläubiger gestattete accessio possessionis unmöglich auf die bey der Ersitzung vorkommende accessio bezogen werden kann, so folgt daraus, daß auch die wenig Worte zuvor von Scävola aufgestellte Regel: de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus rel. ebenfalls nur auf die im Inter-

War aber die Zulässigkeit dieser accessio bey jedem einzelnen Geschäfte nach der Natur desselben, und der Rechtsbegünstigung, welche dabey Statt hatte, zu beurtheilen, was kann schon auf den ersten Blick natürlicher scheinen, als daß man bey den im Römischen Rechte so wenig begünstigten, und dazu durch eine besondere lex beschränkten Schenkungen diese accessio possessionis, welche auf bloßer aequitas beruhete, d. h. deren Eintreten eine besondere Rechtsbegünstigung voraussetzte, dem non exceptus im Streite mit dem Schenker selbst nicht zu Gute kommen ließ, wenn man sie ihm auch wohl gegen Dritte zugestehen konnte, weil er ja mit diesen in keinem Schenkungsverhältnisse stand? Auch folgt ein Mehreres aus Gajus Institutionen keineswegs. Denn ausdrücklich sagt er (IV. §. 151):

> At in Utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam justum est ei accedere.

dictsprocesse vorkommende Accession zu beziehen ist. Schon längst fühlte man, daß diese Regel für die Accession bey der Ersitzung unwahr sey, ohne jedoch einmal durch §. 3. cit. aufmerksam zu werden auf die eigentliche Bedeutung dieser Stelle, indem man unbedenklich auch die Worte, welche dem Pfandgläubiger eine accessio temporis gestatten, auf die Ersitzung bezog. Dasselbe gilt aber auch von andern Stellen, z. B. l. 13. §. 4. D. de acq. poss. l. 5. pr. D. de divers. tempor. praescr. deren Aufnahme ins Justinianeische Rechtsbuch ebenfalls Manches gegen sich haben möchte, da nach der Veränderung der Bedingungen des Interdictum Utrubi diese accessio possessionis bey res corporales Antiquität geworden war, und die hier Statt findenden Grundsätze sich auf die bey der Usucapion geltenden accessio gar nicht anwenden lassen. Zu vergleichen sind Donelli Comment. jur. civ. Lib. V. cap. 20. Unterholzner von der Verjährung §. 33. nota c, und nota p. und nro. 3 - 5.

Und ferner scheint Gajus hier gar nicht den Fall vor Augen gehabt zu haben, wenn Jemand mit seinem eigenen Auctor über die possessio stritt, sondern nur die Fälle, wenn der Empfänger mit einem Dritten im Streit war. Denn er sagt:

> Itaque si nostrae possessioni juncta alterius justa possessio exsuperat adversarii possessionem, rel. —

Im Fall nun aber der Schenker durch dieses Rechtsmittel die geschenkte Sache wieder in seine Hände bekommen, so war dadurch für den Beschenkten jedes weitere Rechtsmittel abgeschnitten. Er war freilich Eigenthümer durch die Tradition oder Mancipation geworden, allein einer jeden rei vindicatio von seiner Seite stand die Exceptio legis Cinciae entgegen, weil er diese Klage nur auf die Tradition oder resp. Mancipation stützen konnte, grade in dieser aber die Schenkung lag. Hätte aber diese exceptio Cinciae legis nicht jeder Klage von Seiten des Beschenkten entgegengestanden, so konnte man auch jenen längern Besitz nicht als zur Gültigkeit des Geschäftes nothwendig erfordern. Es hätte ja dann doch der Beschenkte durch die rei vindicatio die Sache dem Schenker wieder abnehmen können. Die exceptio legis Cinciae ist also alleiniger Grund auch dieses Erfordernisses. Daß aber beim exceptus jener längere Besitzstand nicht erfordert, und diesem demzufolge eine accessio possessionis gegen den Schenker selbst gestattet wurde, liegt in der Natur der Sache. Er hätte ja das Object der Schenkung, da ihm keine exceptio Cinciae entgegenstand,

dennoch wieder vindiciren können. Aus diesem Grunde erforderte die aequitas, daß dem exceptus, gleich wie in der Regel dem Käufer einer beweglichen Sache, eine accessio possessionis auch gegen den Auctor zugestanden werden mußte: welche aequitas aber beim non exceptus keineswegs Statt fand, da jeder weitern Klage von seiner Seite die l. C. exceptio entgegenstand.

Wenn aber diese Einrede dem non exceptus nicht allenthalben entgegenstand, so mußte man auch bey ihm die Mancipation allein, auch ohne jede Tradition, für genügend erklären, weil dann seiner rei vindicatio kein Hinderniß im Wege stand. Und wegen dieser rei vindicatio hätte auch dann dem non exceptus nothwendig eine accessio possessionis zur Ausschließung des Interdictum Utrubi verstattet werden müssen.

Da jene Erfordernisse aber bey allen Schenkungen ohne Rücksicht auf die Größe derselben verlangt werden, sie aber nichts als Wirkungen der exceptio l. C. sind, so ist dadurch nochmals bewiesen, daß diese Einrede einer jeden Klage aus einer Schenkung ohne Rücksicht auf die Größe derselben entgegenstand 21).

21) Nur auf einem Wege wäre möglicher Weise die Annahme zu retten, daß die legis Cinciae exceptio nur immodicis donationibus entgegenstand: nämlich durch die Annahme, daß die legis Cinciae exc. ursprünglich von der in factum: Si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum verschieden gewesen. Dann hätte die lex nur eine Einrede gegen die den modus übersteigenden Schenkungen verstattet, diese aber, wäre später als eine in factum concepta exceptio auf jede Schenkung ausgedehnt. Dieß glaube ich aber nicht annehmen zu dür-

Dieser Punct aber, daß jene Formen der Schenkungen bey den geringsten Schenkungen sowohl wie bey den jenes uns unbekannte Maaß übersteigenden nothwendig waren, läßt sich nicht wohl bezweifeln. Denn nirgend wird in unsern Fragmenten der mindeste Unterschied gemacht zwischen großen und kleinen Schenkungen. Unbedingt werden jene Formen bey der Schenkung einer jeden einzelnen beweglichen Sache verlangt, (§. 311.) wo doch, wenn die Größe der Schenkung von Einfluß gewesen wäre, gradezu die Erwähnung des modus nothwendig war. Nirgend endlich wird in unsern Quellen, wo vom Widerrufe der Schenkungen, von practischen Folgen die Rede ist, jenes modus auch nur im Entferntesten gedacht, und müßte es nicht schon höchst wunderbar scheinen, daß unsere Quellen die Größe dieses modus nie angeben, ja dessen nur so höchst beiläufig gedenken, wenn er wirklich von der Bedeutung gewesen, wie neuere Schriftsteller annehmen. Oefter freilich werden in unsern Fragmenten immodicae, enormes donationes erwähnt, aber allenthalben sind hierunter nur solche Schenkungen verstanden, durch welche den Kindern der Pflichttheil geschmälert war 22). — Nicht nur aber für das älteste Recht muß die Behauptung festgehalten werden, daß der modus ohne allen Einfluß auf die Formen und den Widerruf von Schenkungen war, sondern auch für das zur Zeit Constantins geltende Recht bis zum Jahre 428. Und ist dieses Letztere bewiesen, so wird

sen, weil Ulpian sagt: Si plus donatum est, non rescindit. Das Resultat aber würde dasselbe sein.

22) §. 271. 280.

dadurch auch für das frühere Recht nochmals der Beweis von der Wirkungslosigkeit des modus geführt sein.

Es verordnet nämlich Constantin in einer Constitution vom Jahre 323, daß bey allen Schenkungen

1. ein schriftliches Document abgefaßt,
2. die Tradition dann advocata vicinitate geschehen, und
3. dieser ganze Vorgang in die Gerichtsacten eingetragen werden solle 25).

Und in dieser ganzen, höchst ausführlich über das ganze Detail sich verbreitenden Verordnung wird kein Unterschied zwischen großen und kleinen Schenkungen gemacht, auf eine solche Verschiedenheit nicht einmal im Entferntesten hingedeutet. Vielmehr werden diese Formen ausdrücklich auch für die Schenkung beweglicher Sachen vorgeschrieben: ausdrücklich wird ferner von Constantin (Fr. Vatic. §. 249. init.) erklärt, es solle diese Vorschrift das universum donationum genus omnesque earum species umfassen.

Unbedingt wird ferner von Constantin in l. 3. C. Th. t. c. gesagt:

> Promulgatum dudum est, donationes nullo alio modo firmas posse detineri, nisi apud actorum contestationem confectae fuerint.

Derselbe endlich sagt: l. 5. C. Th. eod.

25) Fr. Vat. §. 249. l. 1. C. Th. de donat. l. 25. C. Just. de donat. — Den besten Commentar zu diesen Formen geben die Urkunden über Schenkungen in Marini papiri diplomatici, vornämlich Nro. 82 und 85.

Data jampridem lege statuimus ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur 24).

Der erste Ausnahmsfall, in dem wegen der Geringfügigkeit der Schenkung diese Insinuation für nicht erforderlich erklärt wurde, ist vom Jahre 428. In l. 8. C. Th. de sponsal. et ante nupt. donat. setzte nämlich Theodosius der Jüngere fest, daß bey der ante nuptias donatio, welche weniger als 200 solidi an Werth sey, diese Insinuation nicht erforderlich sein solle. Und diese Verfügung kündigt sich selbst als neues Recht an:

Si donationis instrumentum ante nuptias actorum solennitate firmatum sit, de traditione utrum nuptias antecesserit an secuta sit vel penitus praetermissa minime perquiratur: in illa donatione quae in omnibus intra 200 solidorum est quantitatem nec actorum confectione quaerenda. Haec enim commoda nec fraude mariti, nec successorum ejus improbitate, nec scrupulositate juris — denegari uxoribus deceptis patimur —

24) Doch kann jene Verordnung Constantins von 323 keineswegs für die erste gehalten werden, wodurch diese Formen vorgeschrieben wurden. Die l. 3. C. Th. cit., welche die Insinuation als schon erforderlich erwähnt, ist von 316, und in l. 1. C. Th. de spons. wird dieß Erforderniß einer Verfügung von Constantius Chlorus zugeschrieben. Und Constantin bey Mai S. 249. sagt auch: Nuper enim exceptis personis dicta lex est, was also auf eine uns unbekannte Verfügung hinweiset.

Früher also muß doch scrupulositate juris den Frauen auch bey geringern Schenkungen kein Recht zugestanden haben, falls die Insinuation unterblieben war. Daß dieß aber eine Ausnahme für die ante nuptias donatio war, beweiset die lex Romana Burgund. tit. 22.

Sciendum tamen donationes tam aviaticas quam nuptiales gestorum sollenni allegatione firmandas, praeter illas nuptiales donationes, quae intra 200 solidorum summam taxatam collatione potuerint inveniri.

Dieß beweiset ferner die Verfügung Justinians, in welcher er vorschreibt, daß alle Schenkungen ohne Ausnahme bis auf den Belauf von 300 solidi ohne Insinuation gelten sollten:

l. 34. pr. C. de donat.

Sancimus omnem donationem, sive communem, sive ante nuptias factam, usque ad 300 solidos cumulatam non indigere monumentis, sed communem formam habere 25), ut non usque ad 200 summam teneat, sed in hujusmodi observatione similes sint tam communes quam ante nuptias donationes.

Erst von Justinian also wurde, was Theodos und Valentinian für die ante nuptias donatio festgesetzt hatte, daß nämlich die Insinuation kein nothwendiges Erforderniß der Form sein solle, sobald sie nicht mehr als 200 solidi betrüge, auf alle Schen-

25) Früher also war keine communis forma vorhanden.

kungen ausgedehnt, und zugleich dieser legitimus modus von 200 solidi in derselben Verordnung auf 300 erhöhet, sowohl für die ante nuptias donatio als für alle Schenkungen überhaupt.

Diese Ansicht aber, daß zu Constantins Zeit für alle Schenkungen ohne Unterschied jene Formen vorgeschrieben waren, war früher die allgemein angenommene, und die Gründe, welche für diese Ansicht sprechen, sind so stringent, daß auch Rudorff (am Schlusse seiner Dissertation) dieser Ansicht beigetreten ist. Aber wie vereinigt sich damit die Annahme, daß die früheren Formen derselben, die mancipatio et traditio, das Erforderniß des Besitzes majore parte anni bey beweglichen Sachen nur bey immodicis donationibus nothwendig gewesen? Denn wie ließe sich's denken, daß früher Schenkungen von geringem Werthe unter allen Personen stets frey von beschwerenden Formen gewesen, jetzt aber auf einmal die an die Stelle dieser alten Formen gesetzte Form der schriftlichen Abfassung, Insinuation und Tradition, bey allen selbst den geringsten Schenkungen als nothwendig erfordert sein sollte? Ich wenigstens halte diesen historischen Zusammenhang unserer Lehre für einen der triftigsten Gründe, welcher für die Richtigkeit der ganzen hier deducirten Theorie vorgebracht werden könnte *).

*) Dadurch ist aber zugleich für die Annahme, daß der durch die lex Cincia festgesetzte modus 20000 Sesterzen betrug, jede Wahrscheinlichkeit aufgehoben. A. M. ist noch jetzt Schweppe l. c. §. 317.

Waren aber jene Formen, welche früher zur Perfection der Schenkungen erfordert wurden, gleich wie zu Constantins Zeit und später bis zum Jahre 428 die an die Stelle der älteren Formen gesetzten Erfordernisse, bey allen, auch den geringsten Schenkungen nothwendig: so folgt daraus, daß die exceptio legis Cinciae jeder Schenkung ohne Rücksicht auf ihre Größe entgegenstand, da oben gezeigt ist, daß alle diese Erfordernisse bloße Folgen aus dieser exceptio sind, und nicht Statt finden konnten, wo diese exceptio nicht Statt fand. —

Nachdem wir so das Grundprinzip der Römischen Lehre von den Schenkungen in der exceptio legis Cinciae gefunden, und zugleich gesehen haben, daß alle bisher erwähnten Grundsätze nichts als consequente Folgerungen aus diesem einen, höchsten Prinzipe sind, wird uns die Beurtheilung aller übrigen Fragen um Vieles erleichtert sein, indem wir doch wenigstens von dem ältern classischen Rechte voraussetzen dürfen, daß es alle übrigen Fragen mit gleicher Consequenz entschieden haben wird.

Wenden wir uns daher zuerst zu der promissio donationis caussa. Auch hier wird jede Klage eines Beschenkten non exceptus durch die legis Cinciae exceptio entkräftet. Wie aber, wenn zu der Stipulation, durch welche die Schenkung eingegangen war, später die Tradition oder Mancipation, und bey beweglichen Sachen noch jener längere Besitzstand hinzutrat, war sie dadurch unwiderruflich geworden? Ich glaube, diese Frage durchaus verneinen zu müssen, sowohl bey kleinen als großen Schenkungen.

Denn wir müssen hier von einem ganz andern Gesichtspuncte ausgehen, wie oben. Die der Stipulation zufolge vorgenommene Mancipation und Tradition ist nämlich keine Schenkung mehr — diese lag in der Stipulation selbst schon — sie ist vielmehr nichts als Erfüllung einer Obligation, und zwar einer schenkungsweise eingegangenen, welche also wegen der in der lex verwilligten Einrede eine inanis obligatio ist. Wer also das, dessen Leistung er schenkungsweise versprochen, tradirt oder mancipirt, erfüllt dadurch eine nichtige Obligation. Und da es im Resultate, wenn auch nicht in der Form des Verfahrens, ganz gleichgültig war, ob eine Obligation ipso jure oder per exceptionem ungültig war, so hat Ulpian denn auch hier eine Rückforderung des Gezahlten für zulässig erklärt.

Fr. Vat. §. 266.

Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed etsi per aliquam exceptionem peti non poterat i. e. perpetuam exceptionem. Quare hoc quoque repeti poterit si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse. Nam semper exceptione Cinciae uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculejani contra tabulas 26) putant, etiam quivis, quasi popularis

26) Statt tabulas emendirt Rudorff "Sabinum". Aber sollte nicht tabulas i. e. legis den sehr guten Sinn geben können "gegen die Gesetzestafeln", in welchen bloß dem Schenker gegen den Beschenkten die exceptio ge-

sit haec exceptio, sed et heres ejus, nisi forte durante voluntate decessit donator.

Rudorff mußte jedoch nach seiner Ansicht, daß die exceptio nur den das gesetzliche Maaß überschreitenden Schenkungen entgegenstand, auch diese condictio nur bey größern Schenkungen für statthaft halten. Allein ich glaube das Gegentheil schon oben gezeigt zu haben. Denn "in non exceptis promissio non perficit donationem" ist die unbedingt aufgestellte Regel, und die exceptio lautet: "Si non donationis causa promisi me daturum". Dennoch aber glaubt Rudorff in §. 266. selbst eine Bestätigung seiner Ansicht zu finden. Denn Ulpian sagt: "Si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit", verbindet also beides, non excepto und contra legem C. mit einander, gibt also a contrario selbst zu verstehen, daß man selbst einem non exceptus obligirt sein könne, ohne gegen die lex zu verstoßen, d. h. bey kleinen Schenkungen. Ohne den Scharfsinn dieser Argumentation zu verkennen, erwiedre ich: Ulpian hatte freilich nicht nöthig, beides, "contra legem Cinciam" und "non excepto" mit

geben war, während die Proculejaner sie ausdehnten, und z. B. dem Schuldner, dessen Obligation schenkungsweise vom Gläubiger einem Dritten durch Delegation übertragen war, und dem, welcher schenkungsweise die Schuld eines Dritten durch Expromission übernommen, wiewohl er dem Gläubiger nichts geschenkt hatte, und in ähnlichen Fällen verstatteten? Dann wird durch die Worte contra tabulas diese Ansicht streng getadelt. Dann aber liefert auch diese Stelle den völligen Beweis, daß die legis C. exceptio durch die lex selbst eingeführt ist. Daß aber Ulpian die Ansicht der Proculejaner tadelt, folgt schon aus dem wegwerfenden Zusatz: quasi popularis sit haec exceptio. Hieraus können wir aber schwerlich ein Kunstwort popularis exceptio, und eine neue Klasse von Exceptionen bilden.

einander zu verbinden, weil man einem exceptus nicht contra l. Cinciam obligirt sein kann. Er that es jedoch der Deutlichkeit wegen, um hier, nämlich im Titel ad edictum de rebus creditis, wo er zufällig und nur beispielsweise der Schenkungen gedenkt, durch den Zusatz non excepto sogleich zu erklären, auf welche Weise Jemand contra legem Cinciam obligirt sein, und von welchen Personen das Gezahlte mit einer condictio zurückgefordert werden könne.

Wäre es vorher bewiesen, daß die exceptio l. C. nur bey größern Schenkungen statthaft wäre, so ließe sich die Stelle auch anders verstehen. Wer aber nicht schon diese vorgefaßte Ansicht in die Stelle hineinträgt, der wird schwerlich in den Worten: "Si quis contra l. C. obligatus non excepto solverit" einen Beweis dafür finden, daß die exceptio nur Klagen aus immodicis donationibus opponirt werden konnte. Um dieses argumentum a contrario zu rechtfertigen, wäre der Beweis erforderlich, daß Ulpian in seinem weitläufigen Commentar niemals ein entbehrliches Wort hinzugefügt hätte. Wir brauchen aber nur den Anfang grade dieser Stelle zu betrachten, um uns vom Gegentheil zu überzeugen. Denn der ganze Satz von quare bis solverit hätte ebenso gut weggelassen werden können 27).

Andere Stellen, welche von der Erfüllung einer promissio donationis c. sprächen, sind in unsern

27) Da aber das ex promissione Geleistete condicirt werden konnte, so ist eine besondere, vom Prätor gegebene rescissoria actio auch hier undenkbar.

Fragmenten nicht enthalten. Ebenso geben sie uns über andere Arten von Schenkungen, z. B. die schenkungsweise eingegangene expromissio, acceptilatio u. s. w. gar keinen Aufschluß. Wenden wir aber auf diese die eben erörterten Grundsätze an, (denn schwerlich sind grade über diese Schenkungen positive Normen aufgestellt gewesen) so würde sich daraus für die liberatorische Schenkung folgendes Resultat ergeben:

1. Durch Acceptilation muß auch beim non exceptus die Schenkung augenblicklich perfect werden, da die Vermögensvermehrung, welche Zweck dieser Liberalität war, durch diese Aufhebung der Forderung eingetreten ist, und zwar so, daß der Schenker sie durch die ihm durch die lex verwilligte Einrede nicht rückgängig machen kann. Denn seine Klage ist ipso jure aufgehoben, daher der Gegner zum Schutz gegen diese keiner exceptio bedarf, welche durch eine replicatio legis Cinciae elidirt werden könnte 28). Daher heißt es in einem Rescripte von Diocletian und Maximinian:

> Si donationis gratia novatione facta per acceptilationem praestitisti liberationem, omnis agendi via peremta est 29).

2. Für den Fall aber, da ein liberatorischer Vertrag unter der Form eines pactum de non petendo eingegangen worden, würde man dagegen behaupten müssen, daß dadurch die Schenkung an einen non

28) Denn auch unter der Form einer Replik kann unter Umständen die exceptio l. Cinciae geltend gemacht werden: Mat Fr. cit. §. 259.

29) l. 2. C. de acceptil. — l. 17. D. de donat.

exceptus keineswegs perfect wurde, indem dadurch die Klage gar nicht aufgehoben war, die aus dem pactum entstandene exceptio aber durch eine replicatio legis Cinciae entkräftet werden konnte. Hierdurch erhält dann ein freilich auch sichtlich interpolirtes Fragment unserer Digesten sein Verständniß.

l. 1. §. 1. D. Quibus modis pign. solv.

Cum venditor numerata sibi parte pretii praedium quod venierat pignori accepisset, ac postea residuum pretium emtori literis ad eum missis donasset, eoque defuncto donationem quibusdam modis inutilem esse constabat: jure pignoris fiscum frustra petere praedium, qui successerat in locum venditoris, apparuit, cujus pignoris solutum esse pactum prima voluntate donationis constabat, quoniam inutilem pecuniae donationem lex facit, cui non est locus in pignore liberando.

Bisher war diese Stelle gemeiniglich so interpretirt, als sey die Größe der Schenkung Grund ihrer Ungültigkeit. Allein es wird hier die ganze Schenkung von Papinian für nichtig erklärt, was doch nicht der Fall sein könnte, wenn bloß wegen Ueberschreitung des modus das diesen modus Uebersteigende ungültig wäre *). Der Sinn der Stelle ist vielmehr folgender:

Der Verkäufer hatte den noch rückständigen Theil des Kaufpreises dem Käufer durch ein nudum pactum schenkungsweise erlassen —

*) Deshalb aber paßt auch diese Stelle gar nicht in die Theorie des Justinianeischen Rechts, welches bey großen Schenkungen nur das den legitimus modus Uebersteigende als ungültig behandelt. —

pretium emtori literis ad eum missis donasset. — Zweierley war nun zu entscheiden: theils die liberatorische Schenkung, theils die Remission des Pfandrechtes. Auf letztere litt, da sie keine Vermögensvermehrung, also auch keine Schenkung enthält *), die lex Cincia keine Anwendung. Wohl aber konnte dem Beschenkten die exceptio pacti durch die replicatio legis Cinciae vernichtet, und so die persönliche Klage, welche ja durch das pactum nudum keineswegs aufgehoben war, gegen ihn durchgesetzt werden, ohne daß dabey nach ältern Rechte auf die Größe der erlassenen Schuld etwas ankam. Allerdings ist also in den Worten: donationem quibusdam modis inutilem esse constabat — eine Erwähnung der lex Cincia, gleich wie am Schlusse der Stelle, enthalten gewesen.

Aber es liegt in dieser Stelle noch eine andere, nicht wohl zu übersehende Schwierigkeit. Der Schenker nämlich ist bereits verstorben — enque defuncto donationem — inutilem esse constabat. Nach seinem Tode erst klagt der Fiscus, qui successerat in locum venditoris. Und es ist Regel, wie wir oben sahen, daß die Successoren des Schenkers keine donatio contra legem Cinciam widerrufen können, indem ihre replicatio l. Cinciae durch eine doli duplicatio hinweggeräumt wird. Deshalb muß in jenen Worten: donationem quibusdam modis inutilem esse constabat, ein Mehreres enthalten gewesen sein als

*) l. 18. D. Quae in fraudem creditorum. — Etsi pignus vir uxori vel uxor viro remiserit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium — (Papinian).

die bloße Erwähnung der lex Cincia, nämlich der Umstand, daß der Schenker selbst noch bey Lebzeiten die Schenkung widerrufen. In diesem Falle fiel nämlich die doli duplicatio weg, welche ja nur auf die perseverantia voluntatis des Schenkers gestützt werden konnte. Hiernach mag die Stelle ursprünglich folgender Maaßen gelautet haben:

— eoque defuncto donatio, "quum mutata voluntate decessisset venditor, propter legis Cinciae replicationem inutilis esset" —

Daß sie aber so lautete, darauf deuten auch die folgenden Worte hin, indem Papinian im Gegensatz zu dieser "mutata voluntas" sagt, der Pfandnexus sey prima voluntate aufgelöset worden.

Wiederum zeigt aber auch diese Stelle aufs Deutlichste, daß die exceptio l. C. bey jeder Schenkung ohne Rücksicht auf ihre Größe gebraucht werden konnte, und ferner, daß auch bey dieser Art Schenkung keine besondere rescissoria actio vorkam 30).

Noch weiter die Durchführung dieses Grundprinzips der älteren Lehre von den Schenkungen im Ein-

30) Sehr viele Schriftsteller haben einen Widerspruch in dieser Stelle und der l. 6. C. de remiss. pign. gesehen (cf. Bachov. de pignor. et hypoth. lib. V, cap. V.) In letzterer wird nämlich gesagt: Debitum — quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti, etiam nunc petere non vetaris et usitato more pignora vindicare. Eine Vereinigung ist aber wohl sehr möglich. Wo der Grund der Ungültigkeit bloß darin liegt, daß das Geschäft Schenkung war, kann diese Ungültigkeit sich nicht weiter erstrecken, als soweit das Geschäft eine Schenkung enthält, den Erlaß des Pfandes also nicht afficiren. Wo dingegen der Grund der Ungültigkeit weiter reicht, z. B. weil er in der Unfähigkeit der Person zu contrahiren liegt (l. 7. pr. l. 8. §. 5. D. Quibusmod. pign. solv.), da muß dieselbe Ungültigkeit auch den Erlaß des Pfandrechtes mit treffen.

zelnen fortzusetzen, kann hier nicht mein Zweck sein, theils weil sich die Anwendung desselben auf einzelne Arten von Schenkungen, z. B. expromissio, fidejussio donationis causa von selbst ergibt, vornämlich aber weil uns hier unsere Quellen gänzlich verlassen, und bey dieser im neuesten Rechte so ganz umgebildeten Lehre ein Zurückgehen auf die Justinianeischen Rechtsbücher mir doch gar zu mißlich scheint. —

Eine Ausnahme aber von allen jenen Grundsätzen trat ein bey den Schenkungen des Patrons an seinen Freigelassenen. Es konnte nämlich der Patron jede dem libertus gemachte Schenkung, auch wenn sie übrigens unter den bey andern non excepti nothwendigen Formen gehörig eingegangen war, nach Willkühr widerrufen. Fr. cit. §. 272. (Philippus).

> Inter patronos et libertos de jure donationum tractari non oportet, quum etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus quantolibet tempore ea quae sibi donata sunt pleno jure ut dominus possederit, tamen omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit.

Ein ganz unbeschränktes Widerrufsrecht wird hier also dem Patron zugesprochen 51). Nur aber dem

51) Bey so bewandter Sache ist es für Rudorff's Ansicht wohl schwerlich beweisend, wenn bey Gruter Inscript. p. 1376. bey einer Schenkung an eine Liberta neben der Mancipation nicht noch, wie sonst in der Regel, die geschehene Tradition erwähnt wird, woraus R. schließt, daß Mancipation und Tradition nur bey großen Schenkungen erforderlich waren, indem er voraussetzt, daß hier von einer kleinen die Rede gewesen.

Patron selbst, nicht seinen Erben, stand dieß exorbitante Recht zu 32).

Jene Constitution von Philippus findet sich zwar auch im Justinianeischen Codex *); allein so entstellt, daß von ihrem Inhalte nur die Bestimmung stehen geblieben ist, daß der Patron Schenkungen wegen Undankbarkeit widerrufen dürfe. Es sind nämlich die so entscheidenden Anfangsworte: "Inter patronos et libertos de jure donationum tractari non oportet" und das sich hieranschließende "quum" weggelassen. Dann sind vor "omnis donatio" die Worte: "si ingratus sit" eingeschoben, und danach endlich das von quum abhängende sit (am Ende) in est verwandelt worden, welches Letztre merkwürdiger Weise die einzige Abweichung ist, welche in der Berliner Ausgabe bey dieser so wichtigen Stelle angemerkt ist. Diese das ältere Recht so ganz entstellende Interpolation sollte uns doch zur Vorsicht bey andern Stellen von Justinians Compilation mahnen!! —

Sehr schwierig aber ist meines Erachtens die Frage, welche Bewandniß eigentlich es mit dem Privilegio gehabt, durch welches Antoninus Pius die Eltern und Kinder noch vor allen von der lex Cincia eximirten Personen dahin begünstigt haben soll, daß bey ihnen weder Mancipation noch Tradition zur Perfection der Schenkung erfordert wurde, sondern

32) Mai Fr. S. 272. cit. in fine, §. 313. — Wie bedeutend aber diese neue Belehrung für das Verständniß der l. 8. C. de revocandis donat. ist, bedarf keiner Erinnerung.

*) l. 1. C. de revoc. donat.

jeder ausdrücklich ausgesprochene Wille schon für eine perfecta donatio galt:

l. 4. C. Th. de donat. (8. 12) Constantinus.

Juxta D. Pii consultissimi principis, instituta valere donationes placet inter liberos et parentes in quocunque solo et cujuslibet rei liberalitas probabitur exstitisse, licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium consilium teneat nec incertum, sed judicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit irrepere; et collata inter ceteras exceptas Cinciae legi personas obtinere propriam firmitatem, sive mancipationis fuerit decursa solennitas vel certe res tradita doceatur. —

An eine Stipulatio donationis causa, bey welcher weder Mancipation noch Tradition erforderlich wäre, können wir auf keinen Fall denken, da dadurch jede Schenkung an jeden exceptus perfect war. Es bleibt also nichts übrig, als an eine Klage ex nudo pacto zu denken, sobald unter Eltern und Kindern die Absicht zu schenken ausgesprochen war. Ein Satz, dessen so frühe Entstehung im Römischen Rechte schwerlich glaublich ist, der aber auf jeden Fall bald verschwunden sein muß, da überall in unsern Fragmenten das Gegentheil davon ausgesprochen ist:

Mai Fragm. §. 268. Quaerebatur, an cum Sejus filiam suam emanciparet apud acta professus sit ei se donare fundum, nec instrumenta donationis fecerit, videatur professione

actorum perfecta esse donatio. Respondi: si neque mancipatio, neque traditio secuta est, solis actis dominium non transiisse.

§. 285. Si filiae tuae possessiones de quibus agitur neque mancipasti neque tradidisti, frustra vereris ne ex una professione vel — das übrige ist lückenhaft, doch der Sinn klar. Ebenso wird von einer Mutter im §. 263 ibid. welche per epistolam, ohne Stipulation, Mancipation oder Tradition schenken wollte, gesagt: nihil egisse eam placuit 33).

Da also die Regel, wie sie in l. 4. cit. C. Th. ausgesprochen ist, vor Constantins Zeit nicht, wenigstens nicht in dieser Allgemeinheit galt, so läßt sich wohl fragen: Beruhet also vielleicht die ganze Nachricht, das schon D. Pius diese Regel festgesetzt, auf einem Mißverständnisse? Bezog sich vielleicht dieser Ausspruch des D. Pius auf die ganz abweichende Lehre der Schenkungen des Vaters an seinen filiusfamilias, und wurde sie nun erst von Constantin so weit ausgedehnt? Oder endlich wurden wirklich schon früh

33) Deshalb aber sind die Stellen bey Plinius, in denen von einer donativ per epistolam die Rede ist, und welche so häufig als schwierig angesehen sind, ohne die mindeste Schwierigkeit, und ohne alle Bedeutung, vornämlich die Stelle in Plin. Epist. X. 3, wo eine Mutter einem Dritten geschrieben, sie wolle ihrem Sohne ein bedeutendes Geschenk machen. Hier war noch gar nichts geschehen, wodurch dem Sohne irgend ein Anspruch hätte erwachsen können. Deshalb sagt Plinius: liberalitatem nondum satis legitime peregerat, und sorgte nun dafür, daß die Schenkung durch Mancipation aufs bündigste eingegangen wurde.

bey der Schenkung zwischen Eltern und Kindern einige Erfordernisse so streng nicht beachtet wie bey andern excepti? Auf letzteres scheint in unsern Fragmenten §. 314 zu denken, wo Diocletian von solchen Schenkungen sagt: D. Titus Antoninus — non admitti scrupulosam inquisitionem statuit. Vielleicht aber läßt sich grade hierauf §. 297. beziehen, wo zur Perfection einer solchen Schenkung die Tradition der instrumenta donationis allein für genügend erklärt wird:

> Quum matrem tuam donationis instrumenta in neptem suam fecisse, nec ea tradidisse dicas, in dubium non venit, liberalitatem, quoniam adsignatis instrumentis minime coepta est, invalidam esse. Igitur ut querela quae inter vos orta est, cognita causa comprimatur, a viva matre tua neque instrumenta neque possessionem traditam esse ostende.

War nun aber diese Tradition der Documente ausschließendes Vorrecht der Eltern und Kinder, oder sah man überhaupt bey allen Schenkungen in der Tradition der Documente eine Uebergabe der Sachen selbst 34)? Dieses sind Fragen, deren Beantwortung ich bey der Dürftigkeit unserer Quellen kaum versuchen mag. — Unbedingt wird aber auch in dieser Stelle von Diocletian die bloße noch so deutliche Erklärung des Willens für ungenügend zur Gültigkeit der Schenkung erklärt. Nach allem diesen scheint es aber

34) l. 1. C. Just. de donat.

doch wahrscheinlich, daß Antonin schon Einiges an der Strenge der alten Grundsätze gemildert, vielleicht die Tradition der Instrumente für genügend erklärt hatte, bis endlich Constantin die bloße schriftliche Abfassung und Insinuation — von dieser waren auch die Eltern und Kinder nicht befreit 55) — für genügend erklärte.

Zweifelhaft ebenfalls kann die Frage genannt werden, ob bey der Schenkung einer res mancipi an einen exceptus unbedingt die Mancipation erfordert wurde, oder ob nicht hier die bloße Tradition, wenigstens zur Zeit der klassischen Juristen, genügen konnte, der Beschenkte also durch eine doli exceptio geschützt wurde, ähnlich der exceptio rei venditae et traditae, durch welche der Käufer, dem eine res mancipi nur tradirt war, gegen die rei vindicatio des Verkäufers gesichert war. Für dieß Letztre scheinen in unsern Fragmenten mehrere Stellen zu reden. Im §. 293. wird nämlich folgender Maaßen unterschieden:

I. In donatione rei tributariae circa exceptam et non exceptam personam nulla differentia est.

II. Rerum autem mobilium,

1. Si non excepti fuistis,

a. quae mancipi sunt usucapta, vel mancipata post vel antea majore tempore anni a vobis possessa avocari non possunt:

55) l. 5. C. Th. de donat. 8. 12.

b. nec mancipi vero traditione facta propter ejusdem interdicti potestatem similis possessionis probatio necessaria est.

2. Nam si exceptus fuisti privignus tum constitutus, sola traditio sufficit.

Dem Kaiser hatte — wie die ganze Fassung des Rescriptes zeigt — die Anfrage es zweifelhaft gelassen, ob der Anfragende ein exceptus war oder nicht. Deshalb mußten alle nach der Verschiedenheit der Personen und Sachen nothwendigen Erfordernisse angegeben werden. Nun aber wird freilich beim non exceptus zwischen res mancipi und nec mancipi unterschieden, ohne Unterschied aber beim exceptus gesagt: Sola traditio sufficit. — So heißt es ferner im §. 264.

"Matrem quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes servos mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit".

Die Mancipation ist nichtig wegen der fehlenden tutoris auctoritas. Die Schenkung kann also wohl nur wegen der mit der Mancipation beweglicher Sachen in der Regel concurrirenden Tradition perfect heißen.

Dann aber scheint noch besonders auf diese Ansicht der schon erwähnte §. 259. unserer Fragmente hinzuführen. Hier wird nämlich dem non exceptus, welcher eine ihm nur tradirte res mancipi noch nicht usucapirt hatte, gegen die Erben des Schenkers, der selbst nicht widerrufen, eine duplicatio doli gegeben. Jede duplicatio setzt aber eine rechtlich begründete replicatio voraus. Als solche läßt sich hier

keine andere denken als die replicatio legis Cinciae. Die Zulässigkeit einer Replik ist aber wiederum dadurch bedingt, daß eine exceptio rechtlich begründet ist. Als eine solche durch die replicatio l. C. erst hinwegzuräumende Einrede kann aber nur die exceptio doli mali generalis gedacht werden, welche der mit der rei vindicatio belangte Beschenkte auf den Act der Tradition stützen konnte, weil der Schenker ihm dadurch einmal die Sache überlassen zu wollen erklärt hatte. Bedurfte aber der Schenker, diese Einrede zu entkräften, einer replicatio legis Cinciae, so folgt daraus, daß er eine bloß tradirte res mancipi einem exceptus nicht wieder durch die vindicatio abnehmen konnte, weil dem exceptus legi Cinciae eine replicatio legis Cinciae nicht opponirt werden konnte.

Wo so viele Gründe schon für eine Ansicht sprechen, darf vielleicht zur Unterstützung derselben noch eine Digestenstelle angeführt werden: nämlich die l. 12. pr. D. de Public. in rem act. Hier sagt Paulus:

> Quum sponsus sponsae servum donasset, eumque in dotem accepisset ante usucapionem, rescriptum est a D. Pio, divortio facto restituendum esse servum: nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam. Dabitur ergo et possidenti exceptio, et amissa possessione Publiciana, sive extraneus sive donator possideat.

So oft wir bey den Römischen Juristen die Nothwendigkeit der usucapio einer res mancipi erwähnt

finden, müssen wir weit eher geneigt sein, den Grund dieser Nothwendigkeit in der fehlenden Mancipation, als darin zu suchen, daß eine fremde Sache mancipirt war. So verstanden aber liefert diese Stelle den vollen Beweis, daß bloße Tradition zur Gültigkeit der Schenkung einer res mancipi an einen exceptus genügte. Denn eximirt waren Verlobte von den Bestimmungen der lex Cincia allerdings (Fr. Vat. §. 302).

Sollten aber auch vielleicht diese letzten Fragen noch nicht zu einer völligen Entscheidung gebracht werden können, so können wir dennoch mit Gewißheit als Resultat unserer Untersuchung folgende Puncte aufstellen:

I. Die lex Cincia befahl, es solle dem Schenker gegen jede Klage aus einer Schenkung eine Einrede gegeben werden, welche bey den Römern daher die legis Cinciae exceptio heißt. Aus dieser Vorschrift folgte:

1. Daß zur Schenkung einer res mancipi nicht nur die Mancipation erforderlich war, sondern auch, daß diese allein nicht einmal genügte, vielmehr erst die daneben erfolgte Tradition dem Beschenkten völlige Sicherheit gewährte 36).

36) Welche Rechte aber, und welche Klagen hatte der Schenker selbst noch wegen der Sache, wenn er durch Mancipation das Eigenthum schenkungsweise veräußert, die Schenkung aber wegen Mangel der Tradition imperfect war, und er nicht zur Tradition geneigt war? Sollte sich, da der Beschenkte die Sache niemals fordern konnte, nicht vielleicht die Annahme rechtfertigen lassen, daß hier zum Besten des Schenkers eine usureceptio Statt gefunden? — Denn vollständig sollte wohl Gajus Aufzählung der Fälle keineswegs

2. Daß bey beweglichen Sachen der Beschenkte außerdem noch durch längern Besitz gegen das Interdictum Utrubi geschützt sein mußte; weil sonst der Schenker durch dieses Rechtsmittel den Besitz der Sache wieder auf sich übertragen, und dann jede Klage des Beschenkten durch die exceptio l. Cinciae ausschließen konnte.

3. folgte daraus, daß Alles, zu dessen Leistung sich Jemand durch Stipulation schenkungsweise obligirt hatte, wenn es geleistet war, condicirt werden durfte: und

4. daß ein schenkungsweise eingegangenes pactum de non petendo ebenfalls durch eine replicatio legis Cinciae entkräftet werden konnte, während eine acceptilatio donandi causa dem Beschenkten vollkommene Sicherheit gewährte.

II. Von dieser Bestimmung war aber durch die lex selbst eine Reihe Ausnahmsfälle festgesetzt, in welchen die exceptio, und deshalb auch alle jene Folgen der exceptio nicht Statt fanden.

Jener legitimus modus aber, welcher beiläufig einige Male von den Römischen Juristen erwähnt wird, war von jeher im Römischen Rechte bis zum Jahre 428 ohne alle Wirkung. Und hierdurch ist denn auch wohl der oben aufgestellte Begriff einer lex imperfecta gerechtfertiget.

sein in Comm. II. §. 59–61, wie schon Paulus Rec. Sent. I. 17. §. 2. zeigt. Und sollte hier nicht noch eine stärkere Rechtsnothwendigkeit vorliegen, wie bey dem, welcher fiduciae causa einem Freunde eine Sache mancipirt hatte, weil in letzterm Falle doch stets eine remancipatio verlangt werden konnte?

Fragen wir hienach, nachdem wir den Inhalt unserer lex kennen, auch nach dem Zwecke derselben, so wollte Cincius durch seine lex nicht große Schenkungen verhindern noch erschweren, sondern er wollte überhaupt verhindern, daß Jemand einer Schenkung wegen von andern als nahe verbundenen Personen mit irgend einer Klage in Anspruch genommen werden könne. Keineswegs aber war es seine Absicht im Allgemeinen jede Schenkung zu verhindern und unmöglich zu machen, und stets die Aufhebung derselben der freien Willkühr des Schenkers anheim zu stellen. Um Beides zu erreichen, sowohl die Klage auszuschließen, als auch dennoch Schenkungen überhaupt möglich zu machen, mußte man nothwendig dahin geführt werden, nicht das Geschäft, in welchem die Schenkung lag, z. B. die Mancipation, für nichtig zu erklären, sondern bloß dem Schenker eine exceptio zu gestatten, mit welcher er jede Klage ausschließen konnte.

Diese exceptio legis Cinciae aber war die durch das positive Recht gegebene Basis, auf welcher bis zu den Zeiten Constantins die ganze Lehre von den Schenkungen beruhete, die Quelle, aus welcher jeder einzelne uns bekannte Grundsatz bey der Consequenz, welche die Römischen Juristen in einem so hohen Grade auszeichnete, nothwendig herfloß 37). Seit Constantins Zeitalter wurde dagegen diese Lehre so durchaus verändert und umgeschaffen, daß von dem Geiste des älteren Rechtes und seinen Hauptprinzipien

37) Hierdurch muß sich von selbst dann die Ueberzeugung uns aufdringen, daß eine weitere Bestimmung des Edictes über die zur Perfection der Schenkungen nothwendigen Erfordernisse zu den rein unmöglichen Dingen gehört.

in dem Justinianeischen Rechtsbuche nur mühsam noch einzelne Spuren, welche von den Compilatoren unbeachtet sich einschlichen, entdeckt werden können. Denn schon Constantins Verordnungen über die Formen der Schenkungen liegt als höchstes Prinzip der Zweck zum Grunde, daß durch die bey der Eingehung zu beobachtende Oeffentlichkeit jedem Betruge vorgebeugt werden solle, aus welchem Grunde grade für die nächsten Verwandten diese Beobachtung der Oeffentlichkeit als vornämlich nothwendig erklärt wurde 38), wenn man gleich Eltern und Kinder sehr bald von dem Erforderniſse der Tradition frey sprach. Nur darin blieb man ein volles Jahrhundert dem ältern Rechte getreu, daß alle Schenkungen ohne Rücksicht auf ihre Größe nach denselben Regeln beurtheilt, dieselben Formen für alle erfordert wurden; welchen Grundsatz des ältern Rechtes aber wohl Niemand als für im Widerspruch stehend mit dem Geiſte des eigentlich Römischen Rechts ansehen wird.

38) Data jam pridem lege statuimus, ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur. Quod vel maxime inter necessarias conjunctissimasque personas convenit custodiri, siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est aboleri. Quum igitur ne liberos quidem et parentes lex nostra ab actorum confectione secernat — rel. (Constantin in l. 5. C. Th. de donat. 8. 12.).

Zweite Abhandlung.

Beitrag zur Lehre von der Pfandklage:

vornämlich zur Reviſion der Lehre von dem für eine naturalis obligatio haftenden Pfande, und dem Pfandrechte an eigener Sache.

So ausgemacht es iſt, daß auch für eine natürliche Verbindlichkeit ein Pfandrecht gültig beſtellt werden kann [1]) und daß auch, falls für eine vollkommen wirkſame Obligation ein Pfand conſtituirt iſt, wenn dieſe gleich durch den Untergang der Klage in die Klaſſe der naturales obligationes herabſinkt, dennoch das Pfandrecht fortdauert [2]): ſo beſtritten iſt unter unſern Juriſten die Frage, welche Wirkungen ein

1) l. 5. pr. D. de pignor. Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione — et vel pro civili — vel tantum naturali.

2) l. 14. §. 1. D. eod. Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.

solches Pfandrecht hervorbringen könne, ob bloß ein Retentionsrecht dem besitzenden Pfandgläubiger zu gestatten sey, oder aber ob dieser, wiewohl ihm keine persönliche Klage zustehet, dennoch die durch die Verpfändung entstehende hypothecaria actio anzustellen berechtigt sey. Früher war dies Letzte allgemein angenommen. Von den Neueren sprechen jedoch Viele dem Gläubiger jene Klage ab, und lassen nur dieselbe beschränkte Rechtsverfolgung, welche bey der Forderung selbst möglich ist, auch in Rücksicht des Pfandes eintreten 3).

Bevor ich mich jedoch zu der Erörterung dieser Frage wenden kann, ist erst für diese ganze Untersuchung eine genaue Feststellung des Begriffes, welchen das Römische Recht mit einer obligatio naturalis verbindet, unerläßlich. Mit diesem Namen werden im Römischen Rechte drey von einander durchaus verschiedene Begriffe bezeichnet:

1. Theils werden darunter alle die klagbaren Obligationen verstanden, welche im jus gentium im Römischen Sinne des Wortes ihren Ursprung haben 4). In dieser Beziehung sind naturales obligationes alle diejenigen, welche nach einer in der menschlichen Natur liegenden Nothwendigkeit überall, wo Menschen in geselligen Verbindungen leben, Statt finden müssen, welche daher in keinem Rechte fehlen können 5). In dieser Rücksicht heißen

3) Gesterding: Pfandrecht §. 3. S. 7. — Weber: Natürl. Verbindlichkeit §. 107. — Thibaut: Pandecten §. 636. Glück: Commentar Band 18. S. 1076.

4) Is natura debet quem jure gentium dare oportet. l. 84. §. 1. D. de R. J.

5) — Quod vero naturalis ratio inter omnes ho-

also grade klagbare Obligationen naturales 6). Ihnen werden dann die civiles entgegengesetzt, welche ihre Entstehung nicht der mit jeder Vereinigung Mehrerer verbundenen Rechtsnothwendigkeit verdanken, sondern besondere dem Römischen Rechte ganz eigenthümliche Institute sind, wie einzelne Arten der verborum und literarum obligatio. Wichtig war dieser Unterschied, ohne daß sonst weitere Folgen rücksichtlich der Rechtsverfolgung damit verknüpft waren, in der Beziehung, um die Anwendbarkeit der Obligationen auf solche, die keine Civität hatten, zu bestimmen 7). Ganz so wie bey Obligationen sind auch die Erwerbungsarten des Eigenthums in acquisitiones juris naturalis und juris civilis getheilt, und zwar wiederum, ohne daß sich im ganzen Römischen Rechte die mindeste Spur fände, daß durch erstere nicht dieselbe Wirkung, wie durch die civilen Erwerbungsarten, hervorgebracht wäre, ausgenommen bey den res mancipi, deren characteristisches Merkmahl grade ist, daß zum Erwerbe des (quiritarischen)

mines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium. l. 9. D. de justitia — et ex hoc jure gentium omnes paene contractus introducti sunt: ut emtio, venditio — et alii innumerabiles. §. 2. J. de jure natur. —

6) l. 7. pr. §. 1. D. de pactis: Juris gentium conventiones quaedam pariunt actiones quaedam exceptiones, quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus — l. 10. D. de O. E. A. l. 16. §. 4. D. de fidejuss.

7) z. B. Gajus III. §. 32. 132 - 134.

Eigenthums eine civile Erwerbart nothwendig ist 8).

2. In einer ganz andern Beziehung ist von einer, freilich höchst beschränkten naturalis obligatio da die Rede, wo Jemand eine s. g. Liebespflicht, ein pietatis officium, erfüllt hat, zu welchem er rechtlich nicht gezwungen werden konnte, dessen Erfüllung aber von einem rechtlichen, ehrliebenden Menschen stets erwartet wird, dessen Nichterfüllung seinem guten Ruf vielleicht gefährden würde 9). Erfüllte dergleichen Liebespflichten Jemand in der Absicht eine Freigebigkeit zu üben, so ist natürlich von keiner Rückforderung die Rede. Aber auch wenn er es nur that, weil er glaubte, juristisch dazu verpflichtet zu sein, fällt diese weg — und dieß ist grade die einzige Wirkung dieser naturalis obligatio — weil hier, wo die Erfüllung von jedem honett denkenden Menschen erwartet wird, die Zurücknahme der Freigebigkeit eine turpitudo involviren würde. So bey der Mutter, welche in der Meinung juristisch dazu verpflichtet zu sein, eine dos bestellt hat 10).

3. Eine andere weit wichtigere Art dieser naturales obligationes ist die, welchen die hauptsächlichste

8) Gajus II. §. 65 - 69. IV. §. 16. l. 1. pr. D. de acq. rer. dom. l. 25. pr. D. de R. V.

9) l. 25. §. 11. D. de H. P. Bonae fidei possessores nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt.

10) l. 32. §. 2. D. de condict. indeb. — l. 27. l. 34. §. 1. D. de donat. l. 26. §. 12. D. de condict. indeb.

Eigenschaft einer Forderung, wodurch sie grade ihre volle juristische Wirksamkeit erhält, die Klagbarkeit, fehlt, welche aber übrigens, wenigstens in der Regel, mit den klagbaren Obligationen jede Wirkung gemein hat, so daß das Bezahlte nicht zurückgefordert werden kann, ein Constitutum und eine Novation zulässig ist, die Forderung zur Compensation dienen kann, und Bestellung von Pfändern und Bürgen nicht ausgeschlossen ist. Wohl aber kann es sein, daß wegen der eigenthümlichen Natur der naturalis obligatio ihr einige dieser Wirkungen entzogen sind, wie bey der Obligation des filiusfamilias, welcher ein Darlehn aufnahm, wo dem Zwecke des Senatusconsultes zufolge während der väterlichen Gewalt eine Novation durchaus, und Bürgschaft in der Regel unwirksam ist.

Die Wirkung der Klagbarkeit kann aber auf verschiedene Weise einer Obligation entzogen sein, entweder deshalb, weil bey Eingehung eines Vertrages von den Partheien die Formen verabsäumt wurden, unter deren Voraussetzung nur das Recht ihnen dieses Mittel der Rechtsverfolgung verhieß, also bey allen pactis nudis, oder auch, im Fall auch diese civile Form des Geschäftes beobachtet ist, weil die Klage durch gesetzliche Vorschrift grade für diesen Fall entzogen ist, wie beim Senatusconsultum Macedonianum, oder sonst auf irgend eine Weise verloren ging, z. B. durch Verjährung. — Die Regel aber, daß da, wo durch besondere Gesetzesvorschrift der Verlust der Klage, und nichts Mehreres, ange-

ordnet ist, auch dadurch nur die Klage, nicht aber die übrigen Wirkungen einer Obligation zu Grunde gehen, muß ganz allgemein und ohne Ausnahme aufgestellt werden. Die Klage ist nichts als eine Eigenschaft der Forderung, eine der mancherley Wirkungen, welche eine Obligation hervorbringen kann 11). Ist ihr daher nur diese eine Qualität, nur diese besondere Art von Wirksamkeit entzogen, so folgt von selbst, daß sie mit ihren übrigen Eigenschaften und Wirkungen bestehen bleibt. Diesen Grundsatz finden wir stets und in allen Fällen im Römischen Rechte befolgt, und zwar ohne Unterschied, wie die Klage erloschen war, ob ipso jure d. h. nach Grundsätzen des Civilrechtes, oder ope exceptionis, d. h. dadurch daß der Prätor durch eine in die Formel gesetzte Klausel das bewirkte, was civilrechtliche Normen ohne dieß bewirkten. Weil im SCo. Macedoniano nichts weiter verordnet war, als daß dem, welcher einem filiusfamilias ein Darlehn gegeben, keine Klage gestattet sein sollte 12), so erkannte man auch die Obligation als naturalis an, während man beim SCum Vellejanum, weil darin sich ausdrücklich die Worte fanden: "ne talibus obligationibus mulieres obstringantur" 13), das Gegentheil anzunehmen gezwungen war.

11) Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur. pr. J. de action. l. 51. D. de O. E. A.

12) "Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, actio petitiove daretur". l. 1. pr. D. de SCo. Maced.

13) l. 2. §. 1. D. ad SCum Vellej. — Daher heißt es denn auch in l. 16. §. 1. eod. "Totam obligationem senatus improbat", und daher die ganze Obligatio stets eine inanis: l. 8. §. 9. l. 24. §. 2. eod.

Um also zu beurtheilen, ob, wenn ein Gesetz die Wirksamkeit einer Obligation beschränkt, die Klage allein, oder die ganze Obligation mit ihren übrigen Wirkungen wegfalle, kommt es allein darauf an, was das Gesetz verordnet, ob Aufhebung der Klage allein, oder der ganzen Obligation. Als Regel ist freilich dieser Grundsatz anerkannt. Dennoch soll es aber da, wo die Klage durch eine exceptio aufgehoben wird, darauf ankommen, zu wessen Besten dieses geschehen sey, und zwar soll die naturalis obligatio wirksam sein, sobald nur in odium creditoris die Exceptio ertheilt wurde, nicht aber da, wo sie zum Besten des Schuldners verstattet worden. Nun sagt zwar eine Stelle, die l. 40. pr. D. de condict. indeb.

> Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest, sed hoc non est perpetuum. Si quidem ejus causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in SCo de intercessionibus, ubi vero in odium ejus cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra SCum mutuam pecuniam acceperit.

Dennoch kann aber aus dieser Stelle jene Ansicht schwerlich gefolgert werden, sie stimmt vielmehr mit der hier gegebenen Ansicht durchaus überein. Denn Paulus will hier den juristischen Gemeinplatz: qui perpetuam exceptionem habet, solutum repetere potest, den die Römischen Juristen, in der Regel aufstellten, um anzudeuten, daß der, welcher eine bloß temporalis exceptio habe, das zu früh Bezahlte nicht wie-

derfodern könne *), näher bestimmen, und führt nun Fälle an, wo die Rückforderung ausgeschlossen, und wo sie gestattet sey, und zwar als Beispiel des zweiten Falles, das SCum. Vellejanum, worin ausdrücklich die ganze Obligation gesetzlich vernichtet war, als ein Beispiel des Falles, wo eine condictio indebiti nicht Statt finden könne, das SCum Macedonianum, in welchem nichts verordnet war, als "ne creditori actio petitiove daretur. Er ist also im Resultate ganz mit der hier vertheidigten Regel einverstanden, welche also aus den Gründen seiner Entscheidung schwerlich wird angefochten werden können. Und seine Unterscheidungen zwischen der exceptio in odium creditoris und in favorem debitoris beziehen sich gar nicht allein auf den Fall, wo bloß die Klage dadurch soll aufgehoben werden; sondern, wo gesetzlich nur die Klage verworfen, deshalb also die naturalis obligatio bleiben muß, da, sagt Paulus, sey magis in odium creditoris die exceptio ertheilt; wo aber gesetzlich die ganze Obligation verworfen war, wie beim Vellejanum, da sey mehr in favorem debitoris die Einrede verstattet. Grade diese Begriffe verbindet Ulpian mit jenen Worten in l. 9. §. 4. D. ad SCum Maced.

> Hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quia exonerare eos lex voluit.

Hier wird also der Fall, wo bloß die Klage der Obligation entzogen ist, (wovon die Römer in Bezug

*) l. 34. §. 11. D. de solut. l 55. D. de V. S.

auf das SCum Macedonianum sagten, es geschehe dieß ob poenam creditoris) den Fällen entgegengesetzt, wo der Schuldner ganz durch das Gesetz liberirt wurde, wo natürlich mehr in favorem desselben geschehen ist. Und nach dieser Regel entschieden die Römer auch sonst. So ist doch sicher in favorem debitoris der Satz eingeführt, daß der wegen der dos belangte Ehemann nur in quantum facere potest, condemnirt werden kann, die Klage also in so weit unwirksam ist. Dennoch aber entschieden die Römer, was er einmal gegen dieß beneficium bezahlt habe, könne nicht zurückgefordert werden, und zwar dieß ganz unserer allgemeinen Regel zufolge, ohne im Mindesten einmal zu erwähnen, daß hier in favorem debitoris die Klage unwirksam sey. Danach sind wir denn auch wohl befugt, jene Regel durchaus allgemein anzuwenden, und vornämlich bey der Verjährung der Klagen zu behaupten, da hier nur der Verlust der Klage angedrohet ist, daß demzufolge die Obligation selbst, auch wenn die Klage verloren ging, mit ihren übrigen Wirkungen nach wie vor fortbestehet.

Das Gegentheil hat man hier aber oft und vorzüglich wegen der l. 37. D. de fidejuss. behauptet:

> Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam errore fidejussio nulla est.

Schon Weber [14]) hat diese Stelle auf eine Art erklärt, wodurch ihre Bedeutsamkeit ganz verschwindet. Aber eine noch natürlichere Interpretation scheint

14) Natürliche Verbindl. S. 94.

jetzt möglich zu sein. Dieses tempore transacto liberari kommt noch in andern Stellen unserer Compilation vor, und zwar wird dieß vom Bürgen gesagt:

> l. 29. §. 6. D. Mandati. Fidejussor si solus tempore liberatus tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem, quamquam enim jam liberatus solvit, fidem tamen implevit.

Seit wir nun aus Gajus 15) wissen, daß es im Römischen Rechte drey Arten von Bürgen, gab, Sponsores, Fidepromissores, und Fidejussores, und daß die ganze Obligation der beiden ersten Arten von Bürgen nach einer lex Furia in zwey Jahren beendet war 16), so ergibt sich daraus von selbst, daß Ulpian in l. 29. cit. nicht fidejussor, sondern wohl fidepromissor schrieb, der nach jener lex Furia ganz liberirt war, und daß ebenso in der l. 37. cit. von einem sponsor oder fidepromissor, der hiernach tempore liberatus, d. h. dessen ganze Obligation nach Ablauf dieser Zeit für ungültig erklärt war, die Rede ursprünglich gewesen ist. — Für diese Behauptung, daß bey der Verjährung der Klagen die Obligation selbst als naturalis fortbestehe, können wir uns aber mit Fug und Recht auf ein anderes durchaus analoges Institut des Römischen Rechtes berufen. Jeder Rechtsstreit mußte bey den Rö-

15) Gajus III. §. 115. und folg.

16) Gajus III. §. 121. "Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur". — Darauf scheint sich denn auch das: "fidejussor jure liberatus" in l. 59. D. de condict. indeb. zu beziehen, weil ihn eine lex selbst liberirt hatte. Natürlich hat aber hier ursprünglich sponsor oder fidepromissor gestanden.

mern, in bestimmter Zeit beendet seyn bey Verlust der Klage, die legitima judicia binnen anderthalb Jahren, die imperio continentia binnen der Zeit, in welcher die Magistratsperson, welche sie niedergesetzt, das imperium hatte 17). War in dieser Zeit der Proceß nicht durch ein richterliches Endurtheil entschieden, so war die Rechtsverfolgung vermittelst einer Klage ausgeschlossen — creditor litem tempore amisit — dennoch aber blieb die Obligatio selbst mit ihren übrigen Wirkungen bestehen. Spuren dieses Institutes in den Justinianeischen Rechtsbüchern sind unter anderen in folgenden Stellen stehen geblieben:

in l. 8. §. 4. D. de dolo malo: "Dolo cujus effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat — de dolo dandum judicium: ebenso in l. 2. D. de diver. temp. — "tempore quo lis perit", und in l. 30. §. 1. D. ad legem Aquiliam. Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, und weiter — et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit.

17) Legitima sunt judicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae milliarium, inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur, eaque lege Julia judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant, et hoc est, quod vulgo dicitur, e lege Julia litem anno et sex mensibus mori. (Gaj. IV. §. 104.). — Litis nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit (l. 36. D. de V. S.). —

Erstlich ist hier, was nicht zu übersehen, litem amisit und litem tempore amisit, als gleichbedeutend gebraucht. Und zweitens enthält diese Stelle den Beweis, daß auch in diesem Falle die obligatio als naturalis fortbestand, theils weil das Pfandrecht fortbestehet, die Fortdauer desselben aber, weil es nur ein Mittel zur Realisirung einer Forderung ist, ohne eine wirklich bestehende Forderung gar nicht gedacht werden kann, und theils, weil der, welcher auf diese Weise seine persönliche Klage verloren hätte, noch ausdrücklich als Gläubiger anerkannt, noch creditor genannt wird 18).

Hierdurch erhält denn auch eine andere Stelle, die l. 8. §. 1. D. Ratam rem hab., welche bisher den Interpreten viele Schwierigkeiten gemacht hat, ein neues Licht. Die Stelle lautet also:

> Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satisdederit dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit, et litem amiserit, committi stipulationem, et si procurator eandem pecuniam domino sine judice solverit, condicturum. Sed quum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici, dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet.

Weil man das "litem amisit" mit unserm "er verlor den Proceß" gleichbedeutend nahm, und da-

18) Vergl. noch: l. 32. D. de judiciis und über die imperio continentia judicia Gaj. IV. §. 105. und l. 49. §. 1. D. de judiciis.

nach die Stelle so verstand, als sey der Schuldner durch richterliches Urtheil absolvirt worden 19), so mußten natürlich die, welche einsahen, daß, wo ein Schuldner durch förmlichen Spruch Rechtens absolvirt ist, von einer wirksamen naturalis obligatio gar keine Rede sein kann, durch diese Stelle sehr in Verlegenheit kommen. Zwar will Weber l. c. diese naturalis obligatio von einer in den Gerichten unwirksamen Gewissenspflicht verstanden wissen; allein eine bloße Gewissenspflicht ohne alle und jede juristische Wirkung, heißt bey den Römischen Juristen nie obligatio naturalis. Und in dieser Stelle sind ausdrücklich Wirkungen derselben, und zwar solche, die im Gerichte verfolgt werden können, anerkannt.

Da aber nach Obigem "creditor litem amisit" mit "litem tempore amisit" gleichbedeutend ist, so ist auch diese Stelle, gleich wie die l. 30. cit. ad leg. Aquil., von dem Falle zu verstehen, wo der Rechtsstreit nicht in der vorgeschriebenen Zeit rechtskräftig entschieden war, und deshalb die Klage dem Gläubiger verloren ging, was man litem amittere nannte, indem nach l. 36. D. de V. S. lis und actio gleichbedeutend sind. Da aber hierdurch nur die Klage dem Gläubiger verloren war, so erkannten die Römischen Juristen hier, wie überall in ähnlichen Fällen, die übrigen Wirkungen der Obligation als fortbestehend, und demnach auch das Pfandrecht (l. 30. §. 1. cit. ad leg. Aquil.) als dauernd an, während sie da, wo ein Gesetz, wie die lex Furia beim sponsor und fidepromissor, die ganze Obligation für auf-

19) Weber l. c. §. 94. S. 406.

gehoben erklärte, auch das Pfandrecht als nichtig betrachten mußten. In diesen Fällen der lex Furia war die ganze obligatio eine temporalis, während man da, wo die Klagen in bestimmter Zeit verloren gingen, nur von einer actio temporalis sprach. —

Bleibt also in allen Fällen, wo die persönliche Klage, und nichts Mehreres, der Obligation entzogen wurde, die Obligation selbst mit allen ihren übrigen Wirkungen nach wie vor bestehen, so enthält auch die im Römischen Rechte allgemein aufgestellte Regel, daß, wenn gleich die persönliche Klage verloren ist, das Pfandrecht dennoch fortdauert, durchaus keine Anomalie. Dieser Grundsatz ist enthalten in l. 2. C. de luitione pignoris:

> Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota.

Diese Stelle hat freilich von jeher unsern Juristen viel zu schaffen gemacht. So glaubte Donell 20), daß sie ganz ohne Sinn sey, und man daher vincula pignoris non durare lesen müsse, weil er den Unterschied übersah, welcher zwischen dem Untergang der ganzen Obligation und dem Verluste der Klage, welche nichts als eine der mancherley Wirkungen einer Obligation ist, obwaltet. Daher meinte Cujacius 21), es sey von dem Falle die Rede, der in der l. 1. C. ibid. vorkommt, wo einer von mehreren Erben seinen Theil einer Erbschaftsschuld bezahlt hat, und nun die dafür verpfändeten Sachen pro parte einfordern will. Von

20) Comment. ad Cod. ad h. l.

21) Observ. V. 32., womit zu vergleichen Giphanius ad l. 2. C. cit.

allen diesen Umständen stehet jedoch in der Stelle selbst nicht das Mindeste, und schwerlich konnte Gordian, da er sie schrieb, vermuthen, daß Justinians Compilatoren sie neben die l. 1. von Severus und Antoninus stellen, und sie dadurch erst ihr Verständniß erhalten würde. Dennoch ist aber diese Erklärung des Cujacius neuerdings wieder von Mühlenbruch als die einzig richtige vorgetragen worden, indem diese Stelle gar nicht von der Verjährung der persönlichen Klage verstanden werden könne, weil zu Gordians Zeit diese so lange wie die Pfandklage gedauert 22). Es gab aber doch bekannter Weise zur Zeit, da Gordian herrschte, eine nicht unbedeutende Anzahl temporales actiones. Und warum sollte es denn unmöglich sein, daß grade in der Anfrage, auf welche Gordian rescribirt, von einem Falle die Rede war, wo für eine Obligation, deren actio temporalis war, ein Pfand bestellt war? Wiewohl ebensowohl die Anfrage einen Fall betroffen haben kann, wo nach Obigem der Gläubiger litem tempore amiserat, oder auch, wo die persönliche Klage dadurch zu Grunde gegangen war, daß sie bereits angestellt, oder gar der Schuldner schon condemnirt war. Denn auch eine Klage ist ja dadurch nach den Begriffen des Römischen Rechts aufgehoben, sobald sie in judicium deducta ist, und zwar entweder ipso jure oder ope exceptionis *), wiewohl sicher niemals ein Römischer

22) Cession der Forderungsrechte. §. 28. pag. 313. — Denselben Einwurf machte schon Bachov. ad Treutleri dispp. Vol. II. Disp. I. Th. IX. lit. A. gegen die hier gebilligte Erklärung, und will deshalb Statt "personali" lesen "reali".

*) Gajus IV. §. 106 - 108.

Juriſt behauptet hat, daß dadurch der Schuldner liberirt, und demnach auch das Pfandrecht erloſchen ſey 25).

Wenn demnach Gordian reſcribirte: "Es verſtehet ſich von ſelbſt, daß, wo bloß die perſönliche Klage aufgehoben iſt, das Pfandrecht fortdauert" ſo iſt der Sinn des Reſcriptes ganz der nämliche, welchen Ulpian in l. 14. §. 1. D. de pign. ſo ausdrückt:

> Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit,

weil in allen Fällen, wo bloß die Klage erliſcht, die Obligation als naturalis fortbeſtehet; und welchen Paulus in l. 59. pr. D. ad SCtum. Trebell. ebenfalls als allgemeine Regel aufgeſtellt:

> — verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus quum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed et petitio pignoris nomine competit.

Dieſe letzten Worte enthalten zugleich den vollſtändigen Beweis, daß auch im Fall das Pfandrecht nur für eine naturalis obligatio haftet, aus welcher gar keine perſönliche Klage Statt findet, das Pfandrecht dennoch nicht bloß durch Retention, ſondern auch durch eine Klage (petitio pignoris nomine) geltend gemacht werden kann. Da aber dennoch neuere Juriſten die entgegengeſetzte Anſicht aufgeſtellt haben,

25) l. 29. D. de novat. et deleg. l. 50. §. 2. D. de penlio "— quia naturalis obligatio in litem translata non est".

daß hier wegen der accessorischen Natur des Pfandes eine Klage unzulässig sey, so sind die Gründe, welche vornämlich Weber dafür vorgebracht, näher zu beleuchten. Sein Hauptargument ist der Fall des SCti Macedoniani.

Wenn ein filiusfamilias ein Darlehn aufgenommen, und dafür ein Pfandrecht bestellt habe, so sey während der väterlichen Gewalt eine Pfandklage undenkbar. Dieß würden wir Weber auch ohne weitern Beweis geglaubt haben, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil ein filiusfamilias, der kein castrense peculium hatte (und dann fiel jenes SCtum weg) nichts im Vermögen hatte, was er dem Gläubiger hätte verpfänden können. Das SCtum war grade zu dem Zwecke bestimmt, den Vater gegen solche Schulden sicher zu stellen, der ja deshalb auch nicht de peculio haftete *), und das vom Sohne mit seinen, des Vaters, Geldern Bezahlte vindiciren oder condiciren konnte, und ebenso auch, wenn der Sohn seine, des Vaters, Sachen verpfändete, die Vindication dieser Sachen haben mußte, weshalb dem Gläubiger nicht nur die Pfandklage, sondern auch jedes Retentionsrecht in diesem Falle gegen eine Vindication von Seiten des Vaters abgesprochen werden mußte **). Eben deshalb aber ist ein Schluß von diesem Falle auf andere, wo der Schuldner gültig ein Pfand bestellen kann, ganz unzulässig. Der filiusfam. war freilich naturaliter obligirt, so daß er selbst,

*) l. 6. C. ad SC. Maced. l. 9. §. 2. D. de SCo. Maced.

**) l. 7. §. 2. D. de SCo. Maced.

was er während der väterlichen Gewalt bezahlt hatte, nicht wiederfordern konnte 24); dennoch aber war diese naturalis obligatio nicht nur in der schon angedeuteten Beziehung, sondern auch dadurch, daß eine Novation und ein Constitutum des filiusfam. während der väterlichen Gewalt ganz ohne Wirkung waren, beschränkter als jede andere naturalis obligatio. Erst nachdem der, welcher eine solche Schuld contrahirt hatte, sui juris geworden, stand diese naturalis obligatio den übrigen ganz gleich, und da grade, wenn der Schuldner nun ein Pfand bestellt, der Gläubiger anerkannt die hypothecaria anstellen kann, so berechtigt uns dieß sehr wohl zu dem Schlusse, daß es bey allen übrigen natürlichen Verbindlichkeiten ebenso gewesen.

Dennoch aber soll nach Weber jene Regel in mehreren Stellen des Römischen Rechtes ausdrücklich anerkannt sein. Vorzügliches Gewicht legt er auf folgende Worte:

> "Pignoribus quidem intervenientibus usurae quae sine stipulatu peti non poterant, pacto retineri possunt" in l. 22. C. de usuris 25).

Da hier nur eine Retention anerkannt, so soll daraus per argumentum a contrario folgen, daß demnach die Pfandklage ausgeschlossen. Wie viel aber solch argumentum a contrario gegen sich habe, brauche ich kaum zu erwähnen, zumal hier bey einem Re-

24) l. 26. §. 9. D. de cond. indeb. l. 9. §. 4. de SCo Maced.

25) In dieser Stelle, nicht in der von Weber citirten l. 4. eod. stehen diese Worte.

ſcripte. Dann aber wird gar nichts von der Retention des Pfandes geſagt, ſondern daß die Zinſen ſelbſt retinirt werden können, was natürlich in dem Falle nur vorkommen kann, wo das Pfand vom Gläubiger verkauft iſt, und dieſer nun die Wahl hat, ob er den Kaufpreis aufs Kapital, oder die Zinſen ſich anrechnen will 26), wo aber natürlich von einer hypothecaria gar nicht mehr die Rede ſein kann.

Mehr könnte vielleicht aus der l. 4. C. eod., aber ebenfalls nur durch ein argumentum a contrario gefolgert werden:

> Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet, cum conventione pacti pignora etiam usuris obstricta sint.

Allein der ganze Inhalt des Reſcriptes zeigt, daß hier gar von der hypothecaria actio die Rede nicht einmal ſein konnte. Denn der Gläubiger wollte, wie es die folgenden Worte zeigen, das Pfand, nachdem ihm die Pfandſchuld bezahlt war, für verſprochene Zinſen, für welche die Sache nicht verpfändet war, retiniren:

> Sed enim in causa de qua agis haec ratio cessat, si quidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, postea autem cum se debitor praestiturum majores repromisit, — non potest videri rata pigno-

26) l. 101. D. de solut.

ris retentio, quando eo tempore quo instrumenta emittebantur non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.

Die Retention des Pfandes für eine Forderung, für welche das Pfand nicht obligirt ist, wird also hier, wie überall im Römischen Rechte vor der l. un. C. Etiam ob chirograph. von Gordian 27), für unzulässig erklärt. Hinzugefügt ist nur von den Kaisern, daß der Gläubiger, wenn die Sache für solche Forderung mit verpfändet war, diese als Pfand retiniren könnte, wodurch über die Frage, ob ihm, wenn er sie nicht in Händen hat, zur Verfolgung des Pfandrechtes eine Klage zustehe oder nicht, gar nicht beantwortet ist, da dieser Fall, in welchem der Gläubiger das Pfand in Händen hatte, gar keine Gelegenheit zur Entscheidung dieser Frage darbot.

Das Römische Recht erkennt also die Pfandbestellung für eine naturalis obligatio durchgehends als gültig an, und fügt nirgend die Beschränkung hinzu, daß es in diesem Falle nur durch Retention geltend gemacht werden könne. Daraus folgt von selbst, daß aus diesem Pfandrechte, wie aus jedem andern gültig bestellten, eine Klage entstehet, freilich nicht eine persönliche, denn durch Pfandbestellung wird keine naturalis obligatio in eine civile umgeschaffen, wohl aber, wie Paulus in l. 59. pr. ad SCtum Trebell.

27) Und selbst noch nach Gordian (l. 22. C. de usuris von Philippus), so daß wahrscheinlich in jener l. un. cit. die ändernde Hand der Compilatoren jenen Grundsatz zu Wege brachte.

sagt, eine petitio pignoris nomine, d. h. die Pfandklage.

Dennoch aber ist Glück 28) so weit gegangen zu behaupten, daß im Fall die persönliche Klage durch Verjährung zu Grunde gegangen, das Pfandrecht freilich nicht erloschen sey, aber dennoch nur durch Retention, falls der Gläubiger im Besitze der verpfändeten Sache sey, geltend gemacht werden könne. Aber ich kann nicht einmal als möglich annehmen, daß Weber, auf den sich Glück hiebey beziehet, dieser Ansicht seinen Beifall ertheilt haben würde. Jedermann weiß, daß vor Justinian, wiewohl längst alle Personalklagen in 30 Jahren verjährten, dessenungeachtet die actio hypothecaria gar keiner Verjährung unterworfen war, welchen Grundsatz Justinian selbst erst 29) dahin beschränkte, daß die Pfandklage gegen den Schuldner selbst oder dessen Erben stets einer vierzigjährigen Verjährung unterworfen sein solle: woraus also von selbst folgt, daß, wenn gleich die persönliche Klage verjährt ist, die Pfandklage dennoch bis zum Ablauf dieser Zeit fortbestehet, und vor Justinians Neuerung in perpetuum fortbestand.

Danach bleibt mir nur übrig, einige hieher gehörende Stellen des Römischen Rechtes näher durchzugehen und zu beleuchten. Ich habe vornämlich solche Fragmente ausgewählt, welche von jeher als höchst schwierig galten, deren Fassung zu den verschiedenartigsten, oft höchst singulären Ansichten Stoff bot, und welche, meiner Ansicht nach, noch nicht alle be-

28) Commentar Bd. XIV. §. 864. p. 45.

29) l. 7. C. de praescr. 30 vel 40 ann.

friedigend erklärt sind. Zuerst wende ich mich zu der schon oben erwähnten l. 59. pr. D. ad SC. Trebell. Der Text lautet folgender Maaßen:

> Debitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae i. e. testatoris. Quum nollet adire ut suspectam, jussu Praetoris adiit et restituit. Cum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure dominii id possidere. — Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est, videamus autem ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor [actor] 30) idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneratitia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, (quod veniret, si nullum pignus intercessisset): possidet enim

30) Da dieß Wort, actor, schwerlich einen Sinn geben möchte, und in vielen alten Ausgaben fehlt (z. B. Infortiat. Venetiis ex Officina Jacobi Gallici ex Rubeor. familia, Infort. Venet. 1506. per Bapt. de Tortis, imgleichen in der Ausgabe bey Fradin. Lugd. 1524, und in der Stephanischen Ausgabe), so ist es wohl ganz auszustreichen. Wenig Billigung möchte jedoch die Aenderung von Weninginhenheim (Archiv für die civil. Pr. Bd. VI. S. 144) verdienen, welcher lesen will: creditor, coactus idemque heres. — Der Ausdruck coactus heres möchte sich schwerlich in dieser Verbindung rechtfertigen lassen, so wenig wie diese Stellung des "que". Schon Cujacius bemerkt, daß das Wort actor in allen Handschriften, die Florentina ausgenommen, fehle, und wie leicht konnte es aus einer Wiederholung der vorhergehenden Buchstaben entstehen?

eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus quum omissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed et petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem eum compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia sit.

Unter den Aeltern haben sich vornämlich Cujacius, Faber, Bachov und Averanius mit dieser Stelle beschäftigt. Die beiden Ersten nehmen an, daß dadurch, daß der Gläubiger, wiewohl gezwungen, die Erbschaft seines Schuldners angetreten, nicht nur die Klage desselben, sondern die ganze Forderung durchaus zu Grunde gegangen sey, und suchen nun die Fortdauer des Pfandrechtes auf verschiedene Weise zu rechtfertigen. Cujacius 31) nämlich behauptet, daß durch die Erbschaftsantretung nur die persönlichen Ansprüche, keineswegs aber dingliche Rechte untergingen, wonach auch hier das Pfandrecht fortdauern müsse. Dieß Pfandrecht aber bewirke, daß dadurch die Forderung als naturalis bestehen bliebe. So nämlich erklärt er die Worte des Paulus: remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. —

31) Quaestion. Pauli lib. IV. ad h. l. (Tom. V. p. 990. Ed. Neap.).

Erstlich aber hat Cujacius nirgend bewiesen, daß in irgend einem Falle, wo die ganze Obligation durch Confusion erloschen ist, das Pfandrecht fortbestehen kann 32). Ferner hat er eben so wenig gezeigt, wie eine Obligation durch das dafür bestellte Pfandrecht als naturalis fortdauern könne, während sie ohne dieß Pfandrecht nothwendig untergehen müsse. — Averan dagegen und Andere 33) nahmen an, daß ein großer Unterschied sey zwischen dem, welcher wirklich als Erbe in universum jus succedirt, und dem, welcher zur Antretung gezwungen, nicht selbst in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen eintritt, sondern dessen Antretung nur ein Mittel ist, einem Dritten diese Successio möglich zu machen. Der Gläubiger, welcher in sämmtliche Rechtsverhältnisse seines Schuldners eintritt, verliert natürlich seine Forderung. Diese erlischt nicht etwa bloß deshalb, weil Niemand da ist, den der Gläubiger belangen könnte: dieß würde kein Grund sein, die Bürgen des Schuldners freizusprechen, sondern weil das Römische Recht annimmt, daß der Erbe aus dem Vermögen des Erblassers sich bezahlt gemacht habe. Daher heißt es in l. 50. D. de fidejuss.:

> Obligatio ratione confusionis intercidit, aut quod est verius solutionis potestate 34).

32) In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur: puta adpromissores, hypothecae, pignora. l. 43. D. de solut. l. 6. pr. D. Quibus modis pign. solv.

33) Averan. Interpret. lib. II. cap. 11. §. 12. — Giphanius ad l. 2. C. de luit. pign.

34) vid. l. 95. §. 8. D. de solut. l. 1. §. 18. D. ad legem Falcid.

Ein Satz, der in mancher Beziehung wichtig ist. Setzen wir den Fall, eine Frau verspricht dem Ehemanne eine dos, und dieser verpflichtet sich, einem Dritten sie zurückzuzahlen. Diesem stehet bey Aufhebung der Ehe, auch wenn die dos nicht ausgezahlt wurde, die actio de dote gegen den Ehemann zu, welcher sich aber, da ihm nicht zur Last fällt, daß er die Frau, welche selbst die dos versprach, nicht gleich zur Auszahlung nöthigte, mit der Cession der Klage ex promissione dotis liberiren kann. Er wird aber Erbe der Frau. Hierdurch wird seine Forderung aufgehoben, und er gilt für bezahlt, und muß daher dem Dritten auf jeden Fall die dos auszahlen, er mag durch die Erbschaft seiner Frau etwas empfangen haben, oder nicht 35).

Diese Annahme kann nun aber bey dem gar nicht Statt finden, der bloß deshalb zur Antretung gezwungen ist, nicht um selbst in universum jus defuncti zu succediren, sondern nur einem Dritten, dem Fideicommissar, diesen Eintritt in die gesammten Rechtsverhältnisse möglich zu machen 36).

Der Fideicommissar allein galt in diesem Falle als wahrer successor in universum jus defuncti:

35) Quae dotis nomine certam pecuniam promiserat, quosdam adhibuerat, qui stipularentur, partem dotis distracto matrimonio sibi solvi. Ea nulla data dote obierat, eodem marito suo herede relicto: is damnosam hereditatem ejus adierat. Nihilominus stipulatoribus tenebitur, quoniam adeundo hereditatem debitricis intelligeretur secum pensasse, nec ad rem pertinere quod solvendo non esset hereditas — (l. 33. D. Soluto matrim.).

36) Nec enim ipsum sibi solvisse credendum, a quo hereditas evincitur. (l. 95. §. 8. D. de solut.).

auf ihn gingen alle Klagen und Obligationen, so civile als natürliche, ohne Ausnahme über. Er war heredis loco. Und zwar gingen sie in diesem Falle, gleichwie wenn die Restitution nach dem SCtum Trebellianum geschah, ipso jure über:

> Nam et quodammodo in partem hereditatis senatus recipi voluit fideicommissarium, et haberi heredis loco, pro qua parte ei restituta esset hereditas 37).

Weil er so in unserm Falle allein als wahrer Erbe galt, auf den jede Obligation des Verstorbenen übertragen wurde, so ging auch die Obligation auf ihn über, mit welcher der Erblasser dem Fiduciar verhaftet war, und welche dadurch, daß dieser zum Schein und zum Besten des Fideicommissar zur Antretung gezwungen wurde, keineswegs ganz erlöschen konnte; und daher sagt Paulus wohl nicht ohne Bedeutung in unserer Stelle:

> verum est enim non esse solutam pecuniam.

Dennoch galt aber der Fiduciar im Sinne des jus civile allein als heres, weshalb er auch den Erbschaftsgläubigern nach Civilrecht haftete, und deren Klage jure civili gegen ihn begründet war, welche aber, da er in der That nicht in universum jus defuncti succedirt war, durch eine exceptio entkräftet wurde. Aus eben dem Grunde mußte er selbst aber seine Klage gegen den, als dessen Erbe er civili ratione galt, verlieren, so daß demnach seine Forderung

37) l. 44. §. 1. D. ad SCum eod. — Gajus II. §. 257. Trebell. — l. 40. 47. 64. pr. 258.

eine naturalis obligatio geworden, und als solche auf den Fideicommissar übertragen war. Gleichwie durch ein bloß natürliches im jus civile nicht anerkanntes Geschäft die Klage, als Product des Civilrechtes, nicht aufgehoben werden kann, so daß wenn ein Erlaßvertrag als bloßes pactum de non petendo eingegangen wurde, die Klage dennoch civilrechtlich fortbestehet, und ihre Wirkung erst durch eine exceptio vom Prätor entkräftet werden muß 38), ganz so wird in umgekehrtem Verhältnisse durch eine nuda civilis ratio, wenn auch dadurch die civilrechtliche Wirkung der Obligation, d. h. die Klage aufgehoben wird, dennoch der natürliche Bestandtheil der Obligation nicht hinweggeräumt:

"quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest" 39).

Deshalb aber, weil der Fideicommissar naturaliter dem Fiduciar verhaftet war, konnte dieser, auch wenn er vor der Antretung durch keine Cautionen für seine Sicherstellung gesorgt hatte, dennoch bey der Restitution der Erbschaft seine ganze Forderung durch Compensation zurückbehalten:

38) Debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur, qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit: Si paret eum dare oportere; sed quia iniquum est eum condemnari, defenditur per exceptionem doli mali §. 3. J. de exc. Daher heißt es in l. 42. D. de jurejur. "Naturalis obligatio hac pactione tolletur", cf. l. 6. C. de pactis.

39) l. 8. D. de capite minutis.

l. 44. pr. ad SCum Trebell. "— veluti si pecuniam debuerit defunctus, quam retinere maluit quam petere —;

während diese Compensation ja hätte verworfen werden müssen, wenn seine ganze Obligation vernichtet worden wäre 40). Deshalb aber konnte er, wenn er diese Compensation sich nicht zu Nutzen gemacht hatte, nach der Regel: "Si quis compensare potens solverit, repetere potest, quasi indebito soluto" 41), seine ganze Forderung mit der indebiti condictio vom Fideicommissar einklagen:

l. 39. D. de condict. indeb. Si quis, quum a fideicommissario cavere sibi poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito ei solutum repetere posse, D. Severus et Antoninus rescripserunt.

Wie wäre es nun aber möglich, daß Paulus in unserer Stelle die ganze Obligation durchaus für erloschen angesehen haben sollte, wie so vielfach behauptet ist, weil man die Manier des Paulus nicht gehörig beachtete, welcher so oft in seinen Rechtsfällen Zweifelsgründe, und oft gehäuft, voranschickt, und diese denn erst später — gar oft mit höchst wenig Worten — abfertigt. Denn auch in dieser Stelle sind die einleitenden Worte: aditione hereditatis confusa quidem obligatio est: nichts als ein Zweifelsgrund, der ganzen Untersu-

40) Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. (l. 14. D. de compens.).

41) l. 10. §. 1. D. de compensat.

chung vorangestellt, wie dieß deutlich schon die folgenden Worte zeigen: Videamus tamen, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Diese Worte sind im Zusammenhang so zu übertragen: "Allerdings freilich ist auch hier eine Confusion eingetreten; dennoch fragt sich aber, ob auch die naturalis obligatio aufgehoben, und dadurch das Pfand liberirt ist". Und nun erst wendet sich Paulus zur Untersuchung der vorgelegten Frage, indem er alle dabey möglichen Fälle durchgehet — atquin sive possidet creditor — sive non possidet, videamus de effectu rei etc.

Daß in diesem Verhältniß nie die ganze Forderung erloschen ist, zeigt vornämlich noch Papinian in l. 58. pr. D. ad SC. Trebell., wo er sagt:

> Deducta quarta parte restituere rogatus, priusquam restitueret hereditario debitori heres extistit. Quoniam actio eo confusa per Trebellianum redintegrari non potest *), pecuniae quoque dodrans ex causa fideicommissi petetur.

Wiewohl hier der Schuldner jure civili als einziger Erbe gilt, ist dennoch nur die persönliche Klage dadurch aufgehoben, und die Forderung gehet ihrer Klage beraubt, auf den Fideicommissar zu dem Theile über, welcher ihm von der Erbschaft restituirt worden. Wird ihm also die Erbschaft ganz, wie in unserm Falle, restituirt, so ist auch die Forderung ganz

*) Anderer Meinung ist Donell. Comment. jur. civ. VII. 28. und J. Pacius ad leg. Frater a fratre in Otto Thes. Bd. VI. S. 663. Diese behaupten nämlich, daß die durch die Antretung erloschenen Klagen nach geschehener Restitution wieder aufleben.

auf ihn übertragen. — Deshalb aber ist auch die oben erwähnte Ansicht von Averanius, daß streng zu unterscheiden sey zwischen dem, welcher freiwillig die Erbschaft antrat, und dem, welcher dazu gezwungen wurde, nicht ganz zu billigen. Auch bey Ersterm tritt die Confusion der Obligation selbst nur rücksichtlich des Theils ein, welchen er nicht restituirt, ganz wie unter mehrerer Miterben; nur mit der nothwendigen Verschiedenheit, daß wo mehrere heredes vorhanden sind, auch die persönliche Klage nur pro parte hereditaria erlischt, wo hingegen ein heres und ein Fideicommissar concurriren, diese Klage nothwendig ganz erlöschen muß, und die Obligation nur als naturalis pro rata auf den Fideicommissar übertragen wird.

Nur unter dieser Voraussetzung, daß die Forderung keineswegs ganz erloschen sey, konnte ferner Paulus den Erben nach der Antretung noch Creditor nennen, nur hiemit vereint sich dessen eigener Ausspruch, daß dem Fideicommissar im Falle der Zahlung die indebiti condictio abzusprechen sey. Und davon ist dann die Entscheidung, daß die hypothecaria actio noch sehr wohl angestellt werden könne, eine sehr natürliche Folge, da die Römer nirgend dazu erfordern, daß die Obligation schon an sich durch eine persönliche Klage geltend gemacht werden könne.

Da aber, wie hinreichend erwiesen ist, die naturalis obligatio, sowohl nach Paulus als nach anderer Juristen Ansicht, nie aufgehoben wurde, so können auch die Worte: remanet ergo propter pignus natu-

ralis obligatio, unmöglich den Sinn haben, welchen Cujacius ihnen beilegt, daß nämlich durch das Daseyn des Pfandnexus hier die Fortdauer der Obligation als naturalis, welche ohne dieß untergegangen wäre, bewirkt sey. Ihr Sinn scheint vielmehr folgender zu sein. Paulus hatte kurz zuvor gesagt, daß wiewohl die persönliche Klage erloschen sey, dennoch das Pfand klagend verfolgt werden könne, und will nun durch diesen Zusatz andeuten, daß die naturalis obligatio, welche bey ihrer beschränkten Rechtsverfolgung geltend zu machen häufig die Gelegenheit fehlt, hier noch grade wegen des damit verknüpften Pfandrechtes practisch wichtig, wegen des Pfandrechtes hier wirksam sey 42).

Diese Worte sind jedoch keineswegs die einzigen, welche in unserer Stelle schwierig heißen können. Auch die vorhergehenden, wo Paulus untersucht, was Rechtens sein würde, wenn der Erbe selbst die ihm verpfändete Sache in Händen habe, machten den Interpreten von jeher viel zu schaffen. Er sagt:

Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest: neque pigneratitia, quo-

42) Cf. Averanii Interpr. jur. civ. lib. II. cap. 11. §. 14. — Wer diese Erklärung für unzulässig hält, dem bleibt schwerlich etwas übrig, als jene Worte mit Faber Conject. VII. 16. 17. wegzustreichen. Denn der Art, wie Bachov (Tract. de pign. lib. V. cap. 2. §. 3.) zu helfen sucht, möchte ich schwerlich beistimmen. Nach ihm soll nämlich Paulus hier freilich richtig entschieden, aber seine Entscheidung schlecht begründet haben. Richtig entschieden, weil in diesem Falle die naturalis obligatio fortdauere, (welche jedoch Bachov nur aus einer aequitas herzuleiten weiß). Schlecht argumentirt soll aber Paulus haben, weil er den zu Anfang aus der confusio obligationis hergenommenen Zweifelsgrund nur durch den Satz: verum est non esse solutam pecuniam niederzuschlagen wußte. —

niam hereditaria est actio; neque fideicommissum quasi minus restituerit recte petetur, quod eveniret si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor.

Cujacius hielt die Stelle für so unerklärlich, daß er lesen will, quoniam hereditaria non est actio. Ob sie aber dadurch erklärt sey, bezweifele ich sehr: indem ich nicht einsehe, welchen Sinn sie dann möglicher Weise geben könnte. Andere suchen in jenen Worten den Sinn, daß ja das Geld noch nicht vom Erlasser bezahlt sey, also die pigneratitia actio noch nicht angestellt werden könne, und der Fideicommissar habe diese Klage nur hereditario jure, könne sie also so wenig anstellen, wie der Erblasser sie würde haben anstellen können. Ob aber dieser Sinn sich aus den Worten selbst ergeben könne, bezweifele ich ebenfalls. Merkwürdig ist aber auf jeden Fall, daß diese Erklärung auch von den Juristen gegeben wird, welche annehmen, daß in diesem Falle durch die Antretung der Erbschaft die ganze Obligation confundirt, und auch die naturalis obligatio erloschen sey 43), nach welcher Annahme denn doch nicht abzusehen sein würde, weshalb, wenn kein anderes Hinderniß im Wege stände, die pigneratitia nicht sollte angestellt werden können. Ich glaube vielmehr, wir müssen hier streng bey dem Wortsinn stehen bleiben, und sagen, der Fideicommissar, welcher nur heredis loco ist, kann keine hereditaria actio gegen den anstellen,

43) Archiv für die civil. Praxis. Bd. VI. S. 145. nota 10.

welcher jure civili als einziger heres, und zwar als solcher noch nach der Restitution der Erbschaft gilt. Dieß ist ja der einzige Grund, weshalb, wenn der Erbe Schuldner der Masse war, dennoch der Fideicommissar die Klagen aus der Forderung selbst, wenn auch die Obligation ganz oder zum Theil auf ihn übertragen ist, keineswegs anstellen darf — l. 58. pr. ad Trebell. —, und weshalb ihm auch nach der Restitution gegen den heres selbst nie die hereditatis petitio gestattet werden konnte — l. 3. §. 1. D. de fideicomm. hered. pet. —, sondern er in allen Fällen zur Anstellung der petitio fideicommissi, quasi minus restitutum sit, seine Zuflucht nehmen muß. Hätte daher auch in unserm Falle der Erblasser selbst schon seine Schuld getilgt, so würde dennoch der Fideicommissar nicht die pigneratitia actio auf Herausgabe jener Sache anstellen können, weil er eine hereditaria actio nicht gegen den haben kann, der jure civili als einziger heres gilt, sondern er würde sich auch mit der petitio fideicommissi begnügen müssen. Auf diese Erklärung, welche sich aus dem ganzen Verhältnisse des Fideicommissars mit Nothwendigkeit ergiebt, weiset auch Paulus nicht nur hin, seine Worte sagen vielmehr ganz dasselbe. Er fügt nur noch hinzu, daß auch diese petitio fideicommissi hier noch nicht gebraucht werden könne, weil die Forderung noch keineswegs ganz getilgt sey durch die Confusion, der Erbe also die Sache noch als Pfand in Händen habe — possidet eam rem quasi creditor.

Der eigentliche Sinn der entscheidenden Worte aber: Serviana actio tenebit, verum est enim et pignus datum, nec solutam esse pecuniam, kann erst weiter unten entwickelt werden. Nur das bemerke ich im Voraus, daß damit von den Römischen Juristen immer ein Fall bezeichnet wird, wo, wenn die Klage gleich erloschen ist, dennoch eine naturalis obligatio fortbestehet, und deshalb noch die Pfandklage Statt findet. Diese Bedeutung ergibt sich auch aus den gleich folgenden Worten: quemadmodum dicimus, quum amissa est actio propter exceptionem, indem beim Verlust der bloßen actio stets die Obligation als naturalis fortdauert.

Daß aber Paulus hier in seiner Entscheidung den Umstand, daß der Gläubiger durch die erzwungene Erbschaftsantretung Eigenthümer der ihm verpfändeten Sache geworden, gar nicht zu berücksichtigen scheint, darf uns schwerlich zu der Annahme führen, als ob dieses in allen Fällen ohne Einfluß auf die Fortdauer des Pfandrechtes sey. Denn grade bey der Restitution der Erbschaft ex Senatusconsulto Trebelliano war es von jeher Regel, daß die dinglichen Rechte des Erben an den der Restitution unterworfenen Sachen ohne Weiteres bestehen blieben:

l. 73. §. 1. D. ad SCum Trebell.

Cum ex Trebelliano Senatusconsulto restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilo minus valent.

Und fand dieß Statt bey den streng civilrechtlichen Servituten, um wie viel mehr bey dem Pfandrechte?

War aber gleich das Recht, den Erben zur Antretung zu zwingen durch das Pegasianum ertheilt, so war doch in diesem Senatusconsulte selbst verordnet, daß die hiernach erfolgte Restitution dieselbe Wirkung haben solle, als sey ex Trebelliano restituirt worden 44). — Sehr viele Aehnlichkeit hat mit dieser Stelle die l. 13. §. 1. D. ad SCtum Vellejan. von Gajus:

> De pignoribus prioris obligationis non est creditori nova actione opus, quum quasi Serviana, quae et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam.

Es ist die Rede von demjenigen, dessen Schuld eine Frau durch Expromission übernommen. Diese Intercession ist freilich in so weit von Bestand, daß dadurch eine persönliche Klage gegen die Frau civili jure begründet ist, da die Intercession selbst im Senatusconsulte nicht für civilrechtlich ungültig erklärt, sondern nur der Prätor angewiesen war, der Frau eine exceptio zu geben 45), was — wenn auch nicht in der Form — dennoch aber im Effecte ganz gleiche Wirkungen hatte. Daher wurde auch die Klage gegen den eigentlichen Schuldner, weil die Ex-

44) Suspectam hereditatem adire compulsus, omnia ex Trebelliano restituit. Paul. Sent. Rec. IV. 4, 4. Gajus II. 257. 258. §. 6. J. de fideicomm. hered.

45) l. 2. §. 1. D. ad SCum Vellej. — "arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur".

promission im Sinne des strengen Civilrechtes allerdings bestand, dadurch aufgehoben, welche aber dem Gläubiger stets, und ohne daß verlangt würde, daß die Frau erst ihre Exceptio vorgeschützt hätte, sobald er will, restituirt wird 46), und dieß zwar grade deshalb, weil, wenn auch gleich das Geschäft nach strengem Civilrechte bestand, dennoch durch das SCum die ganze Obligation der Frau zu einer inanis herabgesunken war, so daß selbst, wenn der Gläubiger die Frau durch Acceptilation liberirte, ihm dennoch die Restitution der Klage gegen den wahren Schuldner nicht versagt werden kann 47).

Wiewohl aber in diesem Falle dem Gläubiger die Restitution, der durch die Expromission untergegangenen Personalklage nothwendig ist, so wird dennoch in unserer Stelle für unnöthig die Restitution der Pfandklage erklärt. Denn für völlig liberirt kann der Schuldner durch die Intercession der Frau nicht gelten, und das Pfand dauert fort, auch wenn die persönliche Klage aufgehoben ist, bis die ganze Obligation vollkommen erloschen ist, und mit einem gültigen Pfandrechte ist stets eine Klage verbunden.

Diese Entscheidung gründet Gajus hier, gleichwie Paulus in der l. 59. cit. ad Trebell., auf den Satz: "quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam". In derselben Beziehung heißt es in l. 11. pr. D. de pigner. act. und

46) l. 24. §. 2. eod.

47) l. 8. § 9. eod. "Marcellus quoque scribit, si mulieri post intercessionem accepto tulerit creditor, nihilominus restitutoriam actionem ei dari debere, inanem enim obligationem dimisit".

l. 13. §. 4. D. de pignor. "Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit. Auch durch die Litiscontestation ist freilich die persönliche Klage aufgehoben — und zwar nach älterm Rechte bald ipso jure, bald ope exceptionis. Da aber dadurch der ganze Obligationsnexus für aufgehoben keineswegs gilt 48), so dauert die Pfandklage nach wie vor fort.

Danach ist von selbst klar, wie unbegründet die Ansicht mehrerer älterer Juristen ist, welche, wie Faber und Alteserra, jener Regel: "verum est enim, et pignus dätum nec solutam esse pecuniam" zufolge behaupteten, es sey eine Eigenthümlichkeit der actio hypothecaria, daß sie noch immer Statt finde, auch wenn längst die Forderung, für welche das Pfand bestellt war, untergegangen, so lange nur das Geld nicht wirklich bezahlt sey. Ein Satz, der nicht nur zu den größten Ungereimtheiten führen würde, sondern auch die klarsten Stellen gegen sich hat, indem allbekannt ist, daß durch Confusion und Nova-

48) Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur — quod nemo dixit lite contestata (l. 29. D. de novat). — "naturalis obligatio in litem translata non est" (l. 60. §. 2. D. de peculio) — Ganz so stellt auch Gajus IV. §. 104–108. diese Wirkung der Litiscontestation dar, und setzt den einzigen Unterschied zwischen den legitimis und imperio continentibus judiciis darin, daß bey ersteren die persönliche Klage häufig, d. h. wenn mit einer intentio juris civilis geklagt sey, ipso jure, bey letztern sie dagegen stets nur ope exceptionis wegfalle. Deshalb möchte wohl seine Darstellung im §. 108. des 3ten Buches, wo er die Litiscontestation zu den Aufhebungsarten der Obligation rechnet, Einiges gegen sich haben: gleichwie wenn im jetzigen Rechte die Klagverjährung unter die Erlöschungsgründe der Obligationen gestellt wird.

tion auch das Pfandrecht erlischt, indem ferner ganz generell in l. 43. D. de solut. gesat ist:

In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur: puta adpromissores, hypothecae, pignora.

Es bedarf daher einer besondern Untersuchung auf welche Art die Römischen Juristen dahin geführt wurden, die Regel, daß auch nach verlorener Personalklage das Pfandrecht unverändert fortbestehe, auf den Satz zu stützen:

"verum enim est et pignus datum neque solutam esse pecuniam" —

und weshalb sie überhaupt bey der Frage, ob ein Pfandrecht noch fortdauert oder nicht, Alles dahin zu reduciren scheinen, an solutum sit? 49) Schon Donell und Noodt suchten diese Methode aus der Fassung des Edictes zu erklären, worin allem Anscheine nach dem Schuldner die pigneratitia actio auf Rückforderung des Pfandes unter der Bedingung verheißen war: "Si pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quominus solveretur" 50) — so daß die Juristen von jeder vollständigen Liberation des Schuldners, indem dadurch auch nothwendig das Pfandrecht fallen mußte, als Interpreten des Edictes

49) l. 11. pr. D. de pign. act. Solutum non videtur, si lis contestata sit — l. 11. §. 5. eod. Solutam autem pecuniam accipiendum — l. 49. D. de solut. und andern Stellen.

50) l. 3. C. de luit pignor. — "quum edicto perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda ea quae pignori acceperat — eum urgeri manifestum est".

ſagten: solutum videtur; falls hingegen bloß die perſönliche Klage hinweggeräumt war, ſo daß die Obligation als naturalis dauerte, auch die Dauer des Pfandrechtes auf den Satz ſtützten: solutum non videtur 51).

Und allerdings ſcheint dieſe Wortfaſſung des Edictes der entferntere Grund dieſes Redebrauches geweſen zu ſein. Als nächſten Grund deſſelben glaube ich aber die — wahrſcheinlich den Worten des Edictes nachgebildete — Faſſung der formula hypothecaria anſehen zu müſſen. Denn in dieſer formula lautete die intentio, d. h. der Theil der Formel, welcher die vom Kläger ſeinem Anſpruche zu Grunde gelegte Behauptung enthielt, deren Unterſuchung grade Sache des judex war, und von deren Wahrheit oder Unwahrheit die Condemnation oder Abſolution des Beklagten als nothwendige Folge abhing — indem ſie vom Prätor in der formula als Bedingung der Condemnation aufgeſtellt war — wenigſtens dem Sinne nach alſo:

"Si paret pignus datum, neque solutam esse pecuniam".

Den Beweis hiefür liefert freilich nicht erſt Gajus, wohl aber die ſo viel beſprochene l. 1. C. Si pignoris conventionem (Severus et Antoninus):

Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri

51) Donellus de pignor. et hypothecis Cap. I. 6. Cap. XIV. 2. (opp. T. VI. p. 267. 952. — Noodt Comment. ad Dig. lib. 20. tit. 1.

potes. Nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit 52).

Es war hier also ein Schuldschein ausgestellt und ein Pfand gegeben für ein nicht empfangenes Darlehn. Der Aussteller des Schuldscheins fragt an bey den Kaisern, was Rechtens sey in Betreff des für dieß nicht empfangene mutuum bestellten Pfandes. Die Antwort ist, das Pfandrecht ist ungültig. Und dieß wird so ausgedrückt: Wiewohl die intentio der formula hypothecaria zu ihrer Begründung, den Worten nach nur erfordere, pignus datum nec redditam esse pecuniam: so werde doch zu ihrer Begründung, wie überhaupt zur Existenz des Pfandrechtes, erfordert, daß das Darlehn, in dessen Erwartung das Pfand gegeben, wirklich ausgezahlt worden, indem sonst gar kein Pfandnexus existirt habe. Dieß sagen die Worte: Intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Diese ganze Fassung unseres Re-

52) Ueber die mannigfachen Erklärungsversuche Anderer sind vornämlich zu vergleichen: Donelli Comment. ad Cod. ad l. 1. C. de non numerata pecunia und ad l. 1. cit. C. Si. pign. conv. — Archiv für die civil. Praxis Bd. IV. H. I. Nro. IX. S. 49. folgende, und Bd. VII. S. 34. nota 26. — Glücks Commentar Bd. XVIII. §. 1076. — Besondere Schwierigkeit machte es, daß in l. 1. C. de non numerata pec., wo das nämliche Reskript stehet, Statt "neque redditae pecuniae" gelesen wird "nec numeratae pecuniae", welches entweder für eine Corruptel des Textes, so leicht möglich im Titel de non numerata pecunia, gelten muß, wenn man es nicht — und das vielleicht mit mehrerem Rechte — für eine mißrathene Verbesserung der Compilatoren selbst halten will. —

scriptes erklärt sich aber höchst natürlich, sobald man annimmt, daß dem Anfragenden grade jene Wortfassung der formula hypothecaria Zweifel erregt, und er deshalb seine Anfrage an die Kaiser dahin gestellt habe, ob nicht dieser Fassung der intentio in der Pfandklage ungeachtet in diesem Falle das Pfandrecht ungültig sein müsse.

Hieraus ist dann von selbst klar, wie Paulus und Gajus in den oben erklärten Stellen ihre Entscheidung auf den Satz gründen konnten: (Serviana tenebit): verum enim est et pignus datum nec solutam esse pecuniam. Denn diese Worte waren der Theil der formula hypothecaria, welche das vom judex zu untersuchende Klagfundament enthielten, demzufolge er, sobald er es als wahr befand, nothwendig den Beklagten condemniren mußte, weshalb auch intentionem adimplere, probare heißt, den Grund der Klage beweisen, und die Ausdrücke actio tenet und intentio tenet ganz gleichbedeutend sind 53). Zugleich aber können deshalb die Worte des Paulus und Gajus: Serviana tenebit, verum enim est et

53) l. 1. pr. D. Si mensor falsum mod. dix. l. 19. pr. D. de probat. l. 19. C. de O. E. A. l. 16. 20. C. de probat. l. 7. 9. C. de except. — Schwerlich aber lautete die intentio der Pfandklage, wie Brissonius de formulis lib. V. nro. 34. p. 364. edit. Bach und Du Roi Archiv für die civil. Praxis Bd VI. S. 402 annehmen — "Si paret rem in bonis debitoris fuisse quo tempore pignus contrahebatur". — Zum Beweise des Gläubigers gehörte dieß allerdings; allein grade die Stelle des Gajus in l. 15. §. 1. D. de pignor. "Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse, scheinen dahin zu deuten, daß dieß nicht ausdrücklich in der formula stand, sondern vielmehr von den Römischen Juristen aus der Pfandklage als einer utilis in rem actio aus dem Rechte des Verpfänders (l. 16. D. de servitut.) hergeleitet wurde.

pignus datum nec solutam esse pecuniam zur Unterstützung des Beweises gebraucht werden, daß wirklich so die intentio lautete; weil jede Klage begründet ist — tenet actio — sobald die Erfordernisse der intentio in der Klagformel vorhanden sind.

Unvollständig in hohem Grade war allerdings diese Fassung der Intentio. Jedoch nicht so sehr deshalb, weil das Daseyn einer gültigen Obligation darin nicht berücksicht, nicht zur Bedingung der Pfandklage ausdrücklich gemacht war, indem diese sich zum Begriffe eines Pfandes stets von selbst verstehet, indem der Richter, wo keine Forderung vorhanden ist, nicht sagen kann: pignus datum est, indem ferner eine Solutio gar nicht verlangt werden kann, wo keine Obligatio vorherging: sondern vielmehr deshalb muß diese Fassung unvollständig heißen, weil darin als einziger Grund der Aufhebung des Pfandnexus die soluta pecunia erwähnt war. Dadurch waren die Römischen Juristen gezwungen, jede gänzliche Aufhebung der Forderung, indem dadurch nothwendig auch die hypothecaria actio fallen mußte, auf den Begriff der Soluta pecunia zu reduciren, in allen diesen Fällen zu sagen: "Solutum videtur". Aber auch dieß half jenem Mangel nicht in allen Fällen ab. Vorzüglich da mußte die Unvollständigkeit dieser intentio in die Augen fallen, wo entweder

1. die Obligation nicht vollständig aufgelöset, sondern nur durch ein pactum de non petendo ihr naturaler Bestandtheil aufgehoben [54]), der Be-

54) l. 11. §. 2. D. de pigner. act. l. 5. D. Quibus modis pign. solv.

griff der solutio also nicht anwendbar war: hier sagt Marcian ad formulam hypothecariam (l. 49. D. de solut.):

Solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisdationis,

2. oder wo der Gläubiger durch freie Willenshandlungen den Pfandnexus aufgehoben hätte, während die Forderung nach wie vor unverändert fortbestand: oder

3. wo ohne Erlöschung der Forderung, und zugleich ohne Consens des Gläubigers dessen Pfandrecht aufgehoben wurde, wie in dem Falle, wenn ein besserer Pfandgläubiger die verpfändete Sache veräußert. Wiewohl hier alle Erfordernisse, welche die intentio der formula hypothecaria voraussetzt, noch vorhanden sind, so ist dennoch nichts gewisser, als daß das Pfandrecht und damit die hypothecaria actio aufgehoben ist — l. 1. C. Si antiquior credit. —

Hierdurch sind wir von selbst auf die neuerdings in Anregung gebrachte Frage hingeführt, welches sind die Grundsätze des Römischen Rechtes über den Fall, wenn der Gläubiger das Eigenthum der ihm vorher schon verpfändeten Sache erwirbt? Lassen die Römer noch nach dem Eigenthumserwerbe die Pfandklage zu, weil dieser Punct in der formula hypothecaria gar nicht berücksichtigt ist? oder entscheiden sie, daß so wie Niemand ein Pfandrecht an einer eigenen Sache durch Vertrag sich bestellen lassen kann 55), daß eben

55) l. 45. pr. D. de R. J.

so auch ein früher constituirtes Pfandrecht durch den spätern Eigenthumserwerb unbedingt aufgehoben sein muß, weil sich hier ein Pfandrecht, d. h. ein Recht eine Sache zum Zwecke der Befriedigung für eine Forderung zu veräußern, gar nicht denken läßt. Früher behauptete man allgemein das Letztere, vornämlich wegen l. 29. D. de pign. act.:

> Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse, et sola precarii rogatio supererit —

und l. 20. §. 3. eod.

> Interdum, etsi soluta sit pecunia tamen pigneratitia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit a debitore.

Dabey berief man sich noch auf l. 9. pr. D. quib. modis pign. solv. und l. 30. §. 1. D. de except. rei jud., von welchen Stellen bald ein Mehreres zu sagen sein wird. Als Ausnahme von dieser Regel ließ man nur den Satz gelten, daß der, welcher von einem bessern Pfandgläubiger eine ihm verpfändete Sache kauft zu dem Zwecke, damit nicht, wenn ein Anderer die Sache kaufe, dieß schlechtere Pfandrecht erlöschen möge, auch dieß Pfandrecht behalte.

l. 6. D. de distract. pign.

> Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intel-

ligitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest.

Weil hier also der Zweck des Geschäftes nicht sowohl Eigenthumserwerb, sondern Conservation des Pfandrechtes ist, so bleibt dieß Pfandrecht auch dem Zwecke des Geschäftes gemäß bestehen. Daraus scheint unwiderleglich zu folgen, daß wenn der Gläubiger die Sache nicht zu diesem Zwecke kauft, also jedes Mal, wenn er vom Schuldner selbst die Sache an sich bringt, auch sein Pfandrecht erloschen ist.

Das directe Gegentheil hievon behauptet v. Wening-Ingenheim 56), indem er den Satz aufstellt, daß, wenn ein Creditor das Eigenthum des Pfandes vom Schuldner erwirbt, die Wirksamkeit seines Pfandrechtes rücksichtlich der übrigen Creditoren fortdauert 57). Er läßt freilich den Satz, daß das Pfandrecht durch den Eigenthumserwerb aufgehoben werde, als Regel bestehen, und gibt jenes nur als Ausnahme von dieser Regel an; allein dieß ist denn doch sicher eine Ausnahme, wodurch die Regel selbst aufgehoben wird, indem, wenn nicht noch andere schlechtere Pfandgläubiger vorhanden sind, sicher Niemand nur irgend an die Frage denken wird, ob ihm noch ein Pfandrecht an seiner eigenen Sache zustehe, dieses Verhältniß zu andern Pfandgläubigern der einzige Fall ist, in welchem sich die Wirksamkeit des Pfandrechtes noch äußern kann.

56) Archiv für die civilist. Praxis Bd. VI. pag. 134-150. — Dieselbe Ansicht findet sich auch bey Balduin de pignoribus cap. XX.

57) l. c. pag. 149.

Zum Beweise dieser Ansicht ist benutzt worden: Erstens die l. 59. pr. D. ad SCtum Trebell. Wie wenig jedoch diese Stelle diesen Beweis zu liefern im Stande ist, ist schon oben bemerkt worden, indem bey jeder Restitution nach dem SCto Trebelliano dem Erben seine dinglichen Rechte gegen die der Restitution unterworfenen Sachen unversehrt bleiben, und hier nicht einmal von dem Verhältnisse zu einem schlechtern Pfandgläubiger die Rede ist. Zweitens die auch von den Gegnern benutzte l. 9. pr. D. quib. modis pign. solv.

> Titius Sempronio fundum pignori dedit, et eundem fundum postea Gajo Sejo pignori dedit, atque ita idem Titius Sempronio et Gajo Sejo fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quaero an venditione interposita jus pignoris extinctum sit. Modestinus respondit: Dominium ad eos emtionis jure pertinere, et quum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem eos pigneratitiam actionem non habere.

Wir haben hier die Wahl zwischen zwey Erklärungsweisen. Diejenigen, welche annehmen, daß das Pfandrecht in der Regel durch den Eigenthumserwerb erlöschen müsse, interpretiren folgender Maaßen. Dem Sempronius und Gajus war dieselbe Sache verpfändet, und zwar zu verschiedener Zeit einem Jeden die ganze Sache: beide kaufen nun gemeinschaftlich diese vom Schuldner, haben ein condominium pro partibus indivisis erworben. Ihr Pfandrecht erlosch

also aus ganz verschiedenen Gründen, an dem ideellen Theile, woran jeder das Eigenthum selbst erworben, deshalb, weil er Eigenthümer geworden, an dem ideellen Theile dagegen, welcher dem Mitcontrahenten zugefallen, hörte es auf, weil der, welcher mit einem Andern gemeinschaftlich eine ihm verpfändete Sache kauft, in die Veräußerung an den Mitcontrahenten einwilligt, und so durch seinen Consens sein Pfandrecht aufgibt, und diesen Punct hat Modestin als den einzig zweifelhaften vorzüglich hervorgehoben.

Wening-Ingenheim dagegen benutzt diese Stelle so: Der einzige Grund, weshalb Modestin die Aufhebung des Pfandrechtes hier annimmt, ist der von beiden Gläubigern zum Verkaufe gegebene Consens, worin eine Verzichtleistung auf das Pfandrecht liegt: also, wo dieser Consens nicht ertheilt ist, bleibt des Eigenthumserwerbes ungeachtet das Pfandrecht bey Kräften. Und nicht zu leugnen ist, daß dieser von Modestin angegebene Entscheidungsgrund beides trifft, sowohl den Theil, welchen jeder Gläubiger selbst, als auch den, welchen der andere durch den Kauf eigenthümlich erwirbt, da, wer ein Pfand vom Schuldner kauft, natürlich seinen Consens zur Veräußerung ertheilt, und dadurch auf sein Pfandrecht verzichtet. Grade aber deshalb liefert diese Stelle den vollkommensten Beweis dafür, daß der Gläubiger, welcher eine ihm verpfändete Sache, wissend, daß sie ihm verpfändet worden, vom Schuldner selbst auf irgend eine Art erwirbt, sein Pfandrecht daran in der Regel verliert, weil zu jedem Erwerbe

sein Consens erforderlich ist, und zeigt zugleich, daß das Daseyn mehrerer Gläubiger daran nichts ändert: denn hier ist grade von zwey Pfandrechten, einem bessern und einem schlechtern, die Rede.

Zum Dritten und vorzüglich beruft sich Wening-Ingenheim auf die ebenfalls von den Gegnern benutzte, schon oftmals interpretirte, aber bis jetzt schwerlich völlig erläuterte l. 30. §. 1. D. de except. rei judic., in welcher Paulus dem, welcher das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache durch einen Vertrag mit dem Schuldner erworben, gegen einen nachstehenden Pfandgläubiger die hypothecaria actio gestattet, über welche Stelle aber die obige Bemerkung über die intentio in der formula hypothecaria hoffentlich einiges Licht verbreiten wird. Sie lautet folgender Maaßen:

Latinus Largus: Cum de hereditate inter Maevium ad quem pertinebat et Titium qui controversiam moverat transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est, in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo ejusdem Maevii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. His gestis posterior Titii creditor jus suum persecutus est et obtinuit. Post hoc judicium Mevius heres reperit in rebus avitis chirographum ejusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obli-

gatum. Quum ergo constet, prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero an jus avi sui, quod tunc quum de eodem fundo ageretur ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit? — Respondi: Si de proprietate fundi litigatur, et secundum actorem pronunciatum fuisset, diceremus petenti ei qui in priore judicio victus est obstaturam rei judicatae exceptionem, quoniam de ejus quoque jure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet: quodsi possessor absolutus amissa possessione eundem fundum ab eodem qui prius non obtinuit peteret, non obesset rei judicatae exceptio: nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videretur. Cum autem pigneratitia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri ut de jure possessoris non sit quaesitum: quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum quod hic probavit sibi teneri. Et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de jure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus exstinctum sit dominio acquisito: nec enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. — Actio tamen pigneratitia competit; verum est enim et pignori datum

et satisfactum non esse; quare puto non obstare rei judicatae exceptionem. —

In dieser allerdings etwas weitschweifig abgefaßten Stelle ist Alles bis auf die Entscheidungsgründe ohne Schwierigkeit. Mävius erwarb durch einen Vergleich das Eigenthum einer seinem Großvater, dessen Erbe er geworden, früher verpfändeten Sache, ohne die Verpfändung selbst zu kennen. Ein schlechterer Pfandgläubiger nahm ihm die Sache mit der Pfandklage ab. Er fragt an: ob er nicht gegen diesen jetzt noch sein Pfandrecht geltend machen könnte. — Die Antwort des Paulus zerfällt in zwey Abschnitte. Erstlich entscheidet er dahin, daß die exceptio rei judicatae ihm nicht opponirt werden könne, indem ja von seinem Pfandrechte in dem früheren Processe mit dem nachstehenden Pfandgläubiger gar nicht die Rede gewesen, über dieses also gar keine res judicata vorhanden sey. Dann kommt er aber auf die wichtigste Frage, ob nicht durch den Umstand, daß Mävius später Eigenthümer des Pfandes geworden, sein Pfandrecht erloschen sey, hält aber diesen Punct für irrelevant.

Betrachten wir daher den Schluß dieser Stelle etwas genauer:

Magis me illud movet (sagt Paulus), numquid pignoris jus exstinctum sit dominio acquisito, nec enim potest pignus perseverare domino constituto creditore.

Verfehlt ist es auf jeden Fall, und ein Verstoß gegen Celsus Ausspruch in l. 24. D. de legibus, wenn

viele Juristen aus diesen Worten herleiten wollen, daß in allen und jeden Fällen das Pfandrecht durch den Eigenthumserwerb aufhöre; aber ebenso verfehlt wäre es, ableugnen zu wollen, daß nicht das Erlöschen des Pfandrechtes in dieser Stelle als Regel anerkannt sey, wovon P. nur in diesem Falle aus einem speciellen Grunde eine Ausnahme zuläßt. Diesen Grund enthalten die Schlußworte:

> actio tamen pigneratitia competit, verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse.

Daß hierauf die ganze Entscheidung beruhet konnte kein Interpret übersehen. Allein die darauf gestützten Erklärungen sind höchst verschieden. Am originellsten ist hier wie immer A. Faber. Er verstehet die vorhergehenden Worte nec enim etc. so, daß auch in diesem Falle nach Paulus Ansicht das Pfandrecht durch den Eigenthumserwerb erloschen sey, daß aber dessen ungeachtet die Pfandklage noch sehr wohl angestellt werden könne, indem diese, auch wenn längst Forderung und Pfandrecht auf andere Art erloschen sey, stets fortdaure, bis — das Geld bezahlt (soluta pecunia) sey 58).

Ebenso erklärt Wening-Ingenheim diese Schlußworte unserer Stelle 59), und leitet dann abweichend

58) Faber Conject. jur. civ. VII. 18. 4.

59) l. c. pag. 143. "Die „Sache wurde einmal zum Pfande bestellt, Befriedigung erfolgte nicht, also dauert „der Anspruch fort, und die „actio hyp. kann aus jenem „Grunde dem Mävius nicht „abgesprochen werden". — Ganz so erklärt diese Schlußworte auch noch Cujacius in lib. 14. Quaestiones Pauli ad h. l. (Ed. Neap. T. V. pag. 1106).

von Faber daraus die Folge her, daß wenn der Creditor das Eigenthum des Pfandes vom Schuldner erwirbt, das Pfandrecht rücksichtlich der übrigen Creditoren fortbestehe, während doch, wenn jene Worte wirklich den angegebenen Sinn hätten, sich ein viel umfassenderes Resultat ergeben müßte, nämlich das nothwendige Resultat, daß kein Pfandrecht anders, als durch Befriedigung des Gläubigers erlöschen könnte, es also nur eine Art der Aufhebung des Pfandnexus geben würde. Und so verstanden würde diese Entscheidung noch immer in Widerspruch mit der l. g. cit. Quib. mod. pign. solvit. stehen, wo ebenfalls von dem Verhältnisse zweier Creditoren zu einander die Rede ist, dennoch aber das Pfandrecht als erloschen dargestellt wird. Es müssen also nothwendig jene entscheidenden Schlußworte des Paulus einen andern Sinn haben.

Der in dieser Stelle entschiedene Rechtsfall ist von den andern, wo die Römischen Juristen beim Eigenthumserwerb die Aufhebung des Pfandrechtes behaupten, in der Rücksicht wesentlich verschieden, daß hier der Gläubiger, da er durch Vertrag mit dem Schuldner das Pfand eigenthümlich erwarb, von dem ihm an dieser Sache zustehenden Pfandrechte keine Kenntniß hatte. Dieser Umstand wird in der Anfrage zweimal hervorgehoben. Da dieß aber die einzige Verschiedenheit zwischen den entschiedenen Fällen ist, so ist auch nichts wahrscheinlicher, als daß dieß der Grund war, weshalb Paulus in unserer Stelle die Fortdauer des Pfandrechtes behaupten, und zwar aus juristischen Gründen be-

haupten konnte. Dazu kommt ferner aber, daß Modestin in l. 9. cit. quib. mod. pign. solv. den Grund, weshalb das Pfandrecht durch den Eigenthumserwerb erlösche, in den zur Veräußerung ertheilten Consens setzt, worin ein freiwilliges Aufgeben des Pfandrechtes liegt, welches also nothwendig, damit in diesem Falle das Pfandrecht aufhören könne, voraussetzt, daß der Gläubiger, der das Pfand durch Vertrag vom Schuldner eigenthümlich erwirbt, das ihm zustehende Pfandrecht kannte. Wer diese aus den Stellen selbst sich nothwendig uns aufdringende Vereinigung verwirft, dem bleibt schwerlich etwas übrig, als einen directen Widerspruch dieser Stellen anzunehmen. Ich denke aber diese Erklärung läßt sich aus innern Gründen rechtfertigen. Dazu ist aber der Beweis nothwendig, daß die Worte "satisfactum non est, hiemit übereinstimmen.

Die Intentio der actio hypothecaria lautete: "Si paret pignus datum nec solutam esse pecuniam". Den Worten nach also setzte allerdings die Pfandklage zu ihrer Begründung nur voraus, daß ein Pfand gegeben, der Gläubiger aber nicht bezahlet worden. Deshalb aber sagten die Römischen Juristen grade in Beziehung auf die Pfandklage, da mit dem Erlöschen der Obligation auch das Pfandrecht geendet sein muß, von jeder völligen Aufhebung der Obligation:

Solutum videtur creditori l. 49. D. de solut. (Marcianus ad formulam hypothecariam).

Solutam pecuniam intelligitur utique na-

turaliter, si numeratum sit creditori, sed et si jussu ejus alii solvitur vel creditori ejus, vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet. Ratum quoque solutionem si creditor habuerit, idem dicendum etc.

Daher sagt Ulpian l. 11. §. 5. D. de pign. act.:

Solutam autem pecuniam accipiendum, non solum si ipsi cui obligata res est, sed etiam si alii sit soluta voluntate ejus vel ei cui heres exstitet vel procuratori etc.,

und noch genereller sagt Paulus in l. 54. D. de solut.:

Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factum, magisque ad substantiam obligationis refertur quam ad nummorum solutionem 60).

Die gänzliche Aufhebung der Obligation war aber nur einer der Hauptfälle, in welchen das Pfandrecht nothwendig erlöschen mußte. Der zweite, in der Intentio, wie es scheint, nicht berücksichtigte Hauptfall ist der, wenn der Gläubiger ohne daß die Forderung dadurch aufgehoben wurde, dennoch das Pfand freiwillig liberirt. In allen diesen Fällen sagen die Römischen Juristen:

Satisfactum videtur creditori:

l. 5. §. 2. D. quib. mod. pign. solv. (Marcianus ad formulam hypothecariam).

60) In allen den Fällen daher, wo freilich die Klage, nicht aber die naturalis obligatio aufgehoben ist, sagen sie daher: Solutum non videtur — l. 11. pr. D. de pign. act. l. 59. pr. ad SCum Trebell. l. 13. §. 1. D. ad SC. Vellej. — und gestatten deshalb die Pfandklage.

Si convenerit ut pro hypotheca fidejussor daretur, et datus sit, satisfactum videbitur, ut hypotheca liberetur (l. 5. pr. §. 3. eod.) l. 9. §. 3. D. de pign. act.

Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus sive reo dato, sive nuda conventione, nascitur pigneratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum.

Unter diesem satisfactum ist also auch der Fall begriffen, wenn der Gläubiger in die Veräußerung des Pfandes consentirt. Und diese satisfactio setzen sie in ihrer Wirkung der Solutio gleich:

l. 52. D. de solut. "Satisfactio pro solutione est" — und stellen dann als Regel den Satz auf:

— Suas conditiones habet hypothecaria actio i. e. si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet — (Marcian. ad formulam hypothecariam in l. 13. §. 4. D. de pignor.),

und reduciren also auf diese Sätze die ganze Lehre von der Aufhebung des Pfandrechtes 61). Wenden

61) Schon dieser stete Gegensatz der satisfactio und solutio hätte hinreichend zeigen sollen, daß die Schlußworte des Paulus in unserer Stelle (satisfactum non est) von der nicht erfolgten Befriedigung des Gläubigers — der solutio — unmöglich verstanden werden können. Daß aber die satisfactio in der formula nicht erwähnt war, folgt aus l. 176. D. de V. S. "Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet".

wir dieses nun auf unsern Fall an. Erwarb der Pfandgläubiger vom Schuldner das Eigenthum des Pfandes, so konnten die Römischen Juristen da, wo jener das Daseyn seines Rechtes wohl wissend, dennoch die Sache vom Schuldner kauft, wohl sagen: Satisfactum videtur creditori, qui venditioni consensit, et dominium quam pignus habere maluit, und deshalb wie Modestin in l. 9. pr. D. Quib. modis pign. solv. die Erlöschung des Pfandrechtes in diesem Falle grade auf den zur Veräußerung gegebenen Consens gründen. Aus demselben Grunde aber konnte und mußte Paulus da, wo der Gläubiger das Pfand vom Schuldner eigenthümlich erwarb, ohne Kenntniß von seinem Pfandrechte zu haben, wo also der zur Veräußerung gegebene Consens gar keine Verzichtleistung auf das Pfandrecht möglicher Weise involviren konnte, sagen: Satisfactum non est, und deshalb konnte er hier in dieser Stelle die Dauer des Pfandnexus des Eigenthumserwerbes ungeachtet behaupten. Und so ist jeder anscheinende Widerspruch, und jede hier von den Römischen Juristen schwerlich zu erwartende Inconsequenz aus unsern Quellen hinweggeräumt, und zugleich ein neuer Beweis geliefert, wie einflußreich selbst auf die Bildung von Rechtssätzen die formulae waren, und wie höchst wünschenswerth eine noch weit genauere Kenntniß derselben zum Verständnisse der Justinianeischen Compilation uns sein muß, in welcher, nachdem die formulae längst verschwunden waren, die ganze daraus hervorgegangene Terminologie der Juristen, und viele darauf ganz allein beruhende Rechtssätze stehen geblieben sind. —

Hiebey darf aber wohl nicht mit Stillschweigen übergangen werden, daß die Basiliken (LI. II. 27.) mit der Erklärung von A. Faber durchaus übereinstimmen. Der Text lautet bey Meerman V. 85. in den Schlußworten also:

Ἐπὶ δὲ τοῦ προκειμένου θέματος, περιποιηθείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποθήκη λύεται· ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴ σώζεται, ἐπειδὴ καὶ τὸ ἐνέχυρον ἐδόθη καὶ τὸ χρέος ὸν κατεβλήθη — nach Reitz:

In proposito autem casu adquisito mihi agri dominio pignus quidem solvitur, sed de pignore actio servátur, quoniam et datum est pignus et non solutum est debitum.

Also eine Pfandklage nach erloschenem Pfandrechte! Um zu diesem Resultate zu gelangen, mußte man aber erstens die Worte bey Paulus: In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus exstinctum sit dominio acquisito: nec enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, welche nichts sagen können als:

"Aber in unserm Falle ist die Hauptfrage, ob durch den Eigenthumserwerb das Pfandrecht erloschen sey oder nicht: denn dieß muß in der Regel, sobald der Gläubiger Eigenthümer wird, aufhören" — und welche nichts sind als ein von Paulus sich selbst gemachter Einwurf, ein Zweifelsgrund, den er durch das Folgende hinweggeräumt, durchaus mißverstehen: und mußte zweitens ebenso die Terminologie der Römischen Juristen unbeachtet lassen, welche mit dem "satisfactum est creditori" keineswegs die solutio,

sondern als Gegensatz derselben das Aufhören des Pfandnexus durch freiwilligen Verzicht ausdrücken. Mit den Basiliken übereinstimmend ist aber auch wiederum Cujacius ad l. 45. D. de reg. juris (Edit. Neap. T. VIII. pag. 776) von seiner früher erwähnten Ansicht abweichend. —

Als Regel ist hienach also der Satz festzuhalten, daß der Pfandgläubiger, welcher wissentlich das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache durch ein Geschäft mit dem Verpfänder selbst erwirbt, dadurch sein Pfandrecht aufgibt, denn: satisfactum ei videtur, und so würde Paulus, hätte in l. 30. cit. der Pfandgläubiger Kenntniß von dem ihm zustehenden Rechte gehabt, und dennoch bey dem Vergleiche, den er über einen Streit abschloß, welches mit seiner Forderung in gar keiner Verbindung stand, sich das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache ausgedungen, sicher entschieden haben. Denn Paulus einziger Grund, weshalb er hier die Fortdauer des Pfandrechtes behauptet, ist, daß hier die "satisfactio" d. h. ein Verzicht auf das Pfandrecht gar nicht angenommen werden könne, weil der Gläubiger keine Kenntniß von diesem Rechte gehabt.

Wird aber im Römischen Rechte der Untergang des Pfandrechtes in diesem Falle nicht auf den Eigenthumserwerb selbst, sondern auf den zur Veräußerung gegebenen Consens, und die hierin liegende stillschweigende Verzichtleistung auf das Pfandrecht gestützt, so folgen hieraus nothwendig noch folgende Sätze:

1. Daß der, welcher das Eigenthum einer ihm verpfändeten Sache vom Schuldner selbst erwirbt, sich sein Pfandrecht durch ausdrücklichen Vorbehalt reserviren kann, weil dann doch sicher aus dem Geschäfte kein stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht gefolgert werden kann. Ebenso folgt daraus

2. daß in den Fällen, wenn des Gläubigers Absicht, da er sich das Eigenthum vom Schuldner ausbedang, gar eigentlich nicht darauf gerichtet war, das Eigenthum zu erwerben, sondern vielmehr nur dahin ging, sich seine Rechte zu erhalten, auch sein Pfandrecht bleiben muß, weil hier ebenfalls in dem Geschäfte, wodurch er das Eigenthum erwarb kein stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht gesehen werden kann. Dieß kann z. B. dann vorkommen, wenn er keine Zahlung vom Schuldner erlangen kann, und ebenso wenig sich ein annehmlicher Käufer des Pfandes findet, und er nun vom Schuldner die Sache, um doch einige Entschädigung zu erhalten, an Zahlungs-Statt annimmt. Aus demselben Grunde behält ja der Gläubiger, wenn er von einem bessern Gläubiger die auch ihm verpfändete Sache kauft, damit er nicht alle seine Rechte verliere, wenn ein Dritter sie kaufe, ungeachtet er das Eigenthum erwirbt, dennoch sein Pfandrecht: weil er "non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse". Derselbe Grund muß auch hier dieselbe Folge haben. Und deshalb wird auch in l. 1. C. Si antiquior creditor pign.

vendid. von Alexander in diesem Falle das Pfandrecht für fortbestehend erklärt:

> Si vendidisset qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

Diese Entscheidung ist nichts als eine Anwendung der allgemein anerkannten Regel, daß der, welcher eine Sache vom Schuldner unter der Bedingung kauft, daß ein Pfandgläubiger mit dem Kaufpreise abgefunden werden soll, sobald die Abfindung erfolgt, in das Pfandrecht desselben succedirt *). Der Gläubiger, welcher die verpfändete Sache an Zahlungsstatt annimmt, kauft ebenso diese Sache, damit er selbst durch den Kaufpreis befriedigt werde, und muß ebenso in sein eigenes Pfandrecht succediren, gleich wie das eines andern Gläubigers, zu dessen Befriedigung die Kaufsumme bestimmt war, auf ihn würde übergegangen sein. Dieß Resultat ist reine Folge der Rechtsconsequenz: berechtiget aber keineswegs zu dem Schlusse, daß in allen und jeden Fällen, der Gläubiger, welcher das Eigenthum eines Pfandes vom Schuldner erwirbt, sein Pfandrecht an

*) l. 3. C. de his qui in prior. credit. locum.

der Sache behält, wenn er nämlich, wissend, daß sie ihm verpfändet war, die Sache käuflich oder durch sonstigen Vertrag an sich brachte, nicht in der Absicht, durch diesen Erwerb sich für seine Forderung zu befriedigen, sondern bloß in der Absicht, das Eigenthum an dieser ihm haftenden Sache zu erwerben, weil dann in diesem Eigenthumserwerbe ein Verzicht auf das Pfandrecht gesehen werden muß.

Diese Bemerkung über die Intentio der Pfandklage war nothwendig zur Interpretation obiger Stellen; zugleich zeigt sie aber, wie wenig die Römischen Juristen bey einem für eine naturalis obligatio gültig bestellten Pfande daran denken konnten, hier die hypothecaria actio für unbegründet zu halten: denn verum est, et pignus datum, neque solutam esse pecuniam. — Eine andere aber zu unserer Hauptuntersuchung gehörende Stelle ist die nicht minder besprochene l. 9. pr. D. de SCto Macedon., in welcher Ulpian sagt:

> Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum est, exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.

Dieser Ausspruch Ulpians, daß derjenige, welcher als paterfamilias ein Pfand bestellt für eine gegen das SCtum Macedonianum contrahirte Schuld, nur bis auf den Belauf des Pfandes belangt werden könnte, ist unsern Juristen von jeher anstößig gewesen. Wer so als homo sui juris die Schuld anerkannt, müsse doch auf jeden Fall gleich dem, welcher einen Theil davon bezahlt [62]), auf das Ganze

62) l. 7. in fine D. de SCto Maced.

belangt werden können, da jede Anerkennung nach aufgehobener väterlicher Gewalt diese Wirkung hervorbringe 63). Mancherley sind daher die Auswege, um Ulpian von diesem Vorwurfe der Inconsequenz zu befreien 64), welche aber sämmtlich als unzulänglich bereits anerkannt sind, so daß Andere diese Entscheidung als eine singuläre Idee Ulpians betrachten zu müssen glaubten 65). Dennoch scheint mir eine Ehrenrettung desselben sehr möglich, und nichts natürlicher und consequenter als grade diese Entscheidung. Denn wer als filiusfamilias ein Darlehn in Geld aufnimmt, ist naturaliter verhaftet: auch wenn er sui juris geworden, bleibt dennoch seine Obligation nach wie vor eine naturalis. Verpfändet er jetzt Sachen dem Gläubiger für diese Forderung, so thut er nichts, als daß er ein Pfand für eine naturalis obligatio bestellt. Dadurch wird aber die naturalis obligatio keineswegs in eine civilis verwandelt. Sonst könnte nie ein Pfandrecht, für eine natürliche Verbindlichkeit bestellt, gedacht werden. Wohl aber hat der Gläubiger hier, wie überall in ähnlichen Fällen, die Pfandklage, aber auch nur diese, woraus von selbst folgt, daß, wenn er aus dem Pfande nicht befriedigt werden kann, er auch nichts weiter klagend verlangen kann. Dieß gibt uns grade dasselbe Resultat wie Ulpians Entscheidung: "exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem". Eine Klage gibt Ulpian dem Gläubiger allerdings — was jedoch

63) l. 2. C. ad SCtum Macedon.

64) Donelli Comment. s. c. XII. 28. Voëtius ad h. l. Schömann Handbuch des Civilr. Bd. II. S. 210.

65) Noodt. Comment. ad l. 9. cit. Weber natürliche Verbindlichkeit S. 127. nota 11.

Schömann l. c. bezweifelt — denn wer die exceptio versagt, gestattet die Klage, und da diese auf den Belauf des Pfandes gehen soll, so kann es keine andere sein, als die hypothecaria.

Daß durch jede Art von Anerkennung eine natürliche Obligation in eine civile verwandelt werde, ist eine den Römischen Juristen fremde Idee. Sie kennen freilich völlig wirksame Arten der Anerkennung einer naturalis obligatio, wohin namentlich

1. die Zahlung gerechnet wird: l. 64. D. de condict. indeb. Si quod servo dominus debuit, manumisso solvat, repetere non potest, quoniam naturale agnovit debitum:

2. die Novation und das Constitutum: l. 2. C. ad SCtum Maced. Si suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.

Auch die Novation gehört also zu den Arten der wirksamen Anerkennung einer naturalis obligatio, wonach der Zusatz "vel alias agnovit" wohl nur auf das Constitutum zu beziehen ist. Sind aber dieses die einzigen Arten eine natürliche Verbindlichkeit in eine klagbare zu verwandeln, so ist auch Ulpians Entscheidung in l. 9. pr. cit. gerechtfertiget.

Schwieriger allerdings kann die l. 7. §. ult. de SCto Maced. scheinen, wo Ulpian sagt:

> Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Senatusconsultum, nec solutum repetere potest.

Der Sinn dieser Stelle ist, wenigstens nach der jetzt allgemeinen Annahme, dieser, daß nicht nur die Rückforderung ausgeschlossen ist, sondern auch der noch nicht bezahlte Theil der Schuld durch eine Klage eingefordert werden kann. Allerdings können die Worte cessabit SCtum so verstanden werden. Eine andere Frage jedoch ist, ob sie so verstanden werden müssen, und ob nicht Ulpian durch den Zusatz nec solutum repetetur, der sonst ganz müssig da stehen würde, andeuten wollte, inwieweit das Senatusconsult hier cessire. Wer annimmt, daß durch Zahlung eines Theiles dieser natürlichen Schuld dem Gläubiger eine Klage auf den Rest zu Theil werde, der muß nothwendig in der theilweisen Zahlung ein stillschweigendes Constitutum, ein Versprechen, auch den Rest bezahlen zu wollen, sehen: eine Annahme, welche sonst dem Römischen Rechte ganz fremd ist. Der Hauptgrund, weshalb man aber diesen Sinn der l. 7. cit. beilegen zu müssen glaubte, ist der durch "Sed si" hervorgehobene Gegensatz der l. 9. pr. cit., in welcher bey geschehener Pfandbestellung nur bis auf den Werth des Pfandes eine Klage gestattet wird. Allein ein Gegensatz, und zwar ein sehr schroffer, ist auf jeden Fall vorhanden, nämlich folgender: Wer einen Theil bezahlt, kann nichts wiederfordern, der Gläubiger hat aber gegen ihn keine Klage. Wer dagegen ein Pfand bestellt, den kann der Gläubiger mit der hypothecaria belangen, und letzterer also, falls der Werth des Pfandes so beträchtlich ist, seinen ganzen Anspruch klagend verfolgen. Wie man jedoch immer über diese l. 7. denken möge, die Entscheidung in l. 9. pr. cit. ist hoffentlich gerechtfertigt.

Dritte Abhandlung.

Ueber die vertragsmäßige Bestellung der Servituten.

Entstehet nach Justinianeischem Rechte bey einer durch Vertrag eingeräumten Servitut durch den Vertrag selbst schon das dingliche Recht, oder wird zur Begründung einer dinglichen Klage erst noch die juris quasi traditio erfordert? Dieß ist eine in unserer Zeit vielfach aufgeworfene, so verschieden beantwortete, und dabey vornämlich wegen der anscheinenden Widersprüche unserer Quellen so interessante Rechtsfrage, daß ich ungeachtet der neuesten Beantwortungen derselben kein Bedenken trug, sie zum Gegenstande eines besondern Aufsatzes zu machen: und dieß vornämlich deshalb, weil mir einzelne dabey wichtige Fragen noch nicht genug erörtert, und einzelne Fragmente unserer Quellen noch einer genauern Exegese zu bedürfen schienen. Der Stand der Sache ist folgender. Seit langen Jahren begnügten sich die Juristen damit, für die Behauptung, daß die Servitut selbst, das dingliche Recht, erst durch die Tradition erwor-

ben werden könne, auf zwey Stellen, welche man durchgängig fast bey allen Schriftstellern, welche diese Frage berührt haben, citirt findet, sich zu berufen, auf die l. 20. C. de pactis:

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur, indem man nach l. 3. D. Si ususfr. petat, und andern Stellen ein dominium servitutis anzunehmen sich berechtigt hielt, und auf l. 3. pr. D. de O. E. A. wo Paulus sagt:

> Obligationum substantia non in eo consistit, ut corpus aliquod vel servitutem nostram faciat, sed ut aliquem nobis adstringat, ad dandum aliquid vel faciendum.

Man hielt hiernach die Sache für so ausgemacht, daß man kein Bedenken trug, die Stellen, in welchen die Rede davon ist, auch pactionibus et stipulationibus könnten Servituten constituirt werden, bloß von der Erwerbung einer persönlichen Klage auf Bestellung der Servitut zu verstehen, und so im gewöhnlichen Sprachgebrauche der servitus constituta, ex contractu debita, nach erfolgter Tradition eine servitus acquisita entgegenzusetzen 1). Bachov dagegen ließ diese Meinung nur beim Usus-, fructus gelten, behauptete aber, daß es bey den servitutes praediorum gar nicht auf Tradition ankom-

1) Donelli Comment. jur. civ. XI. 10. Marani Paratitla ad tit. D. de servit. und de usufructu, Faber. Rationalia ad Dig. T. II. p. 555 (Ed. Gen.), Hunnius ad Treutler. Vol. I. Disp. XVII. th. 7. qu. 21. — Meier Colleg. Argent. VII. 1. §. 13, Galvanus de usufructu cap. XVIII. §. 9. Vinnius Comment. ad §. 4. J. de servit. praed., Lauterbach Coll. th. pract. VII. I. §. 14. VIII. I. §. 11. und Andere.

men könne, weil es ja gar keine Tradition der Prädialservituten gebe 2).

Erst unserer Zeit war es vorbehalten, eine der gewöhnlichen Ansicht ganz widerstreitende Theorie, nach welcher durch den Vertrag selbst schon bey allen Servituten das dingliche Recht entstehen soll, von vielen Schriftstellern behauptet und vertheidigt zu sehen 3). Die Gründe dieser Ansicht sind folgende:

1. Die Stellen, in welchen von einer juris quasi traditio die Rede ist, beziehen sich sämmtlich auf die Publiciana in rem actio, zu deren Anstellung auf jeden Fall die Uebertragung des Besitzes nothwendig ist.

2. Das ältere Recht kannte als civilrechtliche Bestellungsarten der Servituten nur in jure cessio, oder, wo es zulässig war, die mancipatio. An Provinzialgrundstücken konnte natürlich durch diese civilrechtlichen Uebertragungsarten des dominium keine Servitut bestellt werden. Hier brauchte man daher pactiones et stipulationes, welche in ihrer Wirkung ganz der in jure ces-

2) Comment. ad Inst. II. 3. §. 5. II. 4. §. 2. — etenim alia ratio ususfructus est, alia servitutum realium: in his nihil est quod tradi possit.

3) Hugo Pandecten §. 108. Savigny: Recht des Besitzes §. 45. 46. S. 447. 466. Schweppe Römisches Privatr. §. 304. (3te Ausgabe). Mackeldey Institutionen §. 338. 347. Schmidtlein Diss. de servitutibus per pactum constituendis. Goett. 1823. Michelsen im Archiv für die civ. Praxis. Bd. VIII. H. 3. Nro. 14.

sio gleichgestellt werden, zufolge Gajus II. §. 31: — alioquin in provincialibus praediis, sive quis usumfructum sive jus eundi agendi aquamve ducendi — ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem vel in jure cessionem recipiunt.

Nachdem nun jene civilen Uebertragungsarten weggefallen, blieben diese pactiones et stipulationes als die einzige Art, wie Servituten unter Lebenden bestellt werden konnten, übrig, und ihnen wurde durch Justinian allgemeine Gültigkeit bey allen Grundstücken beigelegt, indem sie in mehreren Stellen als allgemeine Bestellungsarten der Servituten aufgeführt werden:

§. 4. J. de servitut. praed. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. l. 3. D. de usufr. Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus — et sine testamento si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

Außer diesen vorzüglich von Savigny urgirten Gründen hat sich Schmidtlein l. c. theils noch auf die Gleichstellung der pactiones et stipulationes mit dem Legate der Servituten, theils aber auf einige Pandektenstellen berufen, vornämlich auf l. 3. §. 13. D. de vi, worin gesagt wird, der dejicirte Usufructuar könne das Interdict de vi anstellen — ceterum si

quis ab initio volentem utifrui prohibuerit, huic interdicto locus non est. Quid ergo est? Debet fructuarius usumfructum vindicare — also eine vindicatio ususfructus, bevor jemals der Besitz auf den Berechtigten übergegangen: ferner auf l. 25. §. 7. D. de usufr., wo die Erwerbung durch Stipulation gradezu der durch Tradition entgegengesetzt wird: quotiens jure legati constitutus sit ususfructus, an et si per traditionem vel stipulationem; und endlich ist auch die Analogie der Pfandklage, welche ja auch durch den bloßen Vertrag begründet wird, benutzt worden.

Dagegen ist andrerseits von Du Roi 4) erinnert worden, daß in den neuern Zeiten die eigentliche Bedeutung jener von Gajus und in den von ihm entlehnten Stellen der Institutionen und Pandecten erwähnten pactiones et stipulationes nicht streng genug beachtet ist, daß nämlich die stets copulativ neben der pactio erwähnte stipulatio eine Pönalcaution ist, durch welche der Besteller des Rechts eine Strafe dem Erwerber verspricht, auf den Fall, daß er, der Concedent, durch eigene Handlungen der Ausübung des Rechts würde hinderlich sein, wie namentlich Theophilus 5) ausdrücklich sie beschreibt — daß es

4) Archiv für die civil. Praxis. Bd. VI. S. 284 - 286.

5) Theophilus ad § 4. J. de servitut. ὁ δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παραχωρῆσαι δουλείαν διὰ συμφώνων καὶ ἐπερωτήσεων τοῦτο δύναται ποιεῖν· συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρηθῆναι τὴν δουλείαν ἐπερωτᾷ ὁ μέλλων λαμβάνειν κατὰ παραχώρησιν· Ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς, ὁμολογεῖς διδό-

ferner höchst unwahrscheinlich sey, daß aus diesem Pönalvertrage eine dingliche Klage entstanden, und endlich daß es gar keine dingliche Klage gebe, welche unter diesen Voraussetzungen hätte Statt finden können, nicht die Publiciana, welche ja stets die erfolgte Tradition voraussetzt, und ebenso wenig die civilrechtliche vindicatio servitutum, die confessoria actio, welche stets eine civilrechtliche Art der Bestellung zu ihrer Begründung erforderte, und sowohl wie die in jure cessio bey Provinzialgrundstücken unzulässig war: es sey also aus diesen pactiones et stipulationes stets nur ein Obligationsverhältniß entstanden.

Zimmern endlich hat wiederum sich gegen beide Ansichten erklärt 6). Er gibt zu, daß aus dem auf Uebertragung einer Servitut gerichteten Vertrage allein ein dingliches Rechtsmittel keineswegs entstehen konnte, daß vielmehr in der Regel auch bey den Provinzialgrundstücken Tradition erfordert wurde; nimmt jedoch an, daß es unter den Römischen Juristen schon früh streitig gewesen, ob nicht eine dem Vertrage hinzugefügte Caution des Concedenten, per se non fieri quominus eo jure uti possit, (die pactiones et stipulationes des Gajus) dieselbe Wirkung habe hervorbringen können als die erfolgte Tradition, und

γαι λόγῳ προστίμου γομίσματα ἑκατόν; Nach Reitz: Qui autem vicino servitutem vult concedere, per conventiones et stipulationes hoc facere potest. Facta enim conventione de concedenda servitute rogat is qui eam accepturus est per concessionem: Spondesne manere ac stare concessa servitute, et si non steteris spondesne dare mihi poenae nomine centum aureos?

6) Archiv für die civil. Praxis. Bd. VII. H. 3. S. 310–334, vornämlich S. 329.

daß die bejahende Meinung von Justinian in den Institutionen ausdrücklich gebilligt sey. Eine Ansicht durch welche dem Anschein nach jeder Widerspruch der Quellen gehoben ist, und wogegen auch die Praxis wohl wenig einzuwenden haben würde, indem solche dem Vertrage hinzugefügte Pönalcaution schwerlich bey uns vorkommen möchte. Doch muß wohl gleich auf den ersten Blick diese Ansicht das große Bedenken gegen sich erregen, daß danach die Publiciana in rem actio Folge einer Pönalstipulation sein würde, welcher Satz auf jeden Fall einen höchst strengen Beweis verlangen möchte. Dieß aber muß Zimmern nothwendig annehmen, da er voraussetzt, daß von Einigen der Römischen Juristen, deren Meinung Justinian gebilligt, die Pönalstipulation in ihrer Wirkung der Tradition gleichgesetzt sey.

In einer neuern Abhandlung 7) ist diese Ansicht von Zimmern für die allein richtige erklärt, und dahin gedeutet worden, man müsse in der besondern Zusicherung der ungestörten Ausübung des Rechtes eine Besitzesübertragung, versteht sich eine traditio solo animo sehen, indem natürlich factischer Besitz hierdurch nicht übertragen wird 8): eine Ansicht, welcher auch schon Galvanus huldigte, wenn er — de usufructu cap. 33. — schreibt: Dixi expressam patientiam eam esse, quae indu-

7) Roßhirt: Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasipossessio im Archiv für d. civ. Praxis. Bd. VIII. S. 1 - 74.

8) Deshalb nennt sie auch der Verfasser "ein Traditen der Geisterwelt, welches in der Bedeutung gewöhnlicher menschlicher Beziehungen kein Traditen ist". l. c. S. 31.

citur cautione, illa scilicet: per me non fieri quominus utaris, welche Ansicht sich aber auch schon bey Cujacius findet 9). Jene Abhandlung enthält aber einen für Jeden, der es wagen möchte, diese Ansicht noch zweifelhaft zu finden, sehr abschreckenden Satz. Es wird nämlich (l. c. S. 31) jeder über diese Frage auf die gewöhnliche Art geführte Streit im Voraus für unbelohnend erklärt. Da es aber an Beweisen hiefür fehlt, so glaube ich dennoch auf die, wie ich denke, gewöhnliche Weise, d. h. durch Exegese der vorzüglichsten, in diese Materie einschlagenden Stellen, den Versuch wagen zu dürfen, die Richtigkeit der gewöhnlichen und in unserm heutigen Rechte anerkannten Meinung darzuthun.

Nun also zur Sache selbst. Ausgemacht ist es, daß das civile Recht zur vertragsmäßigen Erwerbung von Servituten, damit die dingliche Klage, die vindicatio servitutis, oder, was ganz dasselbe ist 10), die confessoria actio, begründet sey, eine civilrechtliche Art der Bestellung erforderte, entweder die in jure cessio, welche bey allen Servituten gebraucht wurde, oder die mancipatio, welche jedoch nur bey den servitutibus praediorum rusticorum zulässig war 11). Aus einem Vertrage, welcher auf

9) Cujacius ad l. 20 D. de servitut. (Recitat. solenn. ad tit. de servit. T. VII. p. 404. Edit. Neap.): "haec cautio pro traditione habetur" — derselbe ad l. 3. §. 2. D. de A. E. V. ibid. pag. 737., imgleichen ad l. 11. §. 1. D. de Publiciana in rem act. ibid. p. 369.

10) Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit, servitutem enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet — l. 2. §. 1. D. Si servitus vindic.

11) Gajus II. §. 29. seqq.

Ueberlassung einer Servitut gerichtet war, entstand nach den Grundsätzen des jus civile nur eine persönliche Klage auf wirkliche Bestellung der Servitut. Da dieser Satz aber im neuern Rechte verschwunden sein soll, so fragt sich gleich Anfangs, sind seine Spuren in der Justinianeischen Kompilation irgend vertilgt worden, so daß deshalb die Veränderung dieses Rechtssatzes sich möglicher Weise annehmen läßt. Dem ist nun aber keineswegs also. Vielmehr wird in sehr vielen Stellen uns gesagt, daß durch den Vertrag selbst nur eine persönliche Klage begründet sey. Vorzüglich ist hier zu erwähnen die l. 11. D. de servitut.

> Per partem dominii servitutem acquiri non posse vulgo traditur. Et ideo si quis fundum habens viam stipuletur et partem fundi postea alienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo a quo initium capere non potuit.

Deutlich ist hier gesagt, daß durch die Stipulation allein die Servitut noch nicht erworben sey: daß vielmehr die Erwerbung einer bereits stipulirten Servitut durch Veräußerung eines Theils des Grundstückes unmöglich gemacht werde, während doch eine einmal erworbene Servitut durch theilweise Veräußerung des herrschenden Grundstückes keineswegs untergehet:

> l. 140. §. 2. D. de verb. obl. — et per partem dominorum servitus acquiri non potest, acquisita tamen servatur et per partem

dominii, quod evenit, si pars praedii alterius dominii esse coeperit. —

Dadurch ist aber auch für das Justinianeische Recht bereits der directe Beweis geführt, daß durch den Vertrag allein die Servitut selbst noch nicht erworben ist, sondern aus diesem einzig und allein eine persönliche Klage entstehet.

Gegen die Einwendung aber, daß jene l. 11. D. de servit. aus den Schriften der Römischen Juristen nur durch ein Versehen der Compilatoren in die Pandecten gekommen, mögen mich folgende Stellen sichern, welche alle denselben Grundsatz aussprechen:

l. 2. §. 1. 2. D. de verb. oblig.

Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt — quaedam non recipiunt, ut in his quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur. — Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt — non enim ex persona heredis conditio obligationis immutatur. Et ideo, si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur. — Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu exstingui stipulationem putant, quia per singulos acquiri servitus non potest; sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis.

Weit entfernt also, daß durch den Vertrag selbst schon die Servitut erworben sey, glaubten einige Juristen der Vertrag sey ganz wirkungslos, sobald der, dem die Servitut versprochen, mit Hinterlassung mehrerer Erben stürbe, quia per singulos acquiri non possit servitus, während Paulus jedem Erben wie bey allen untheilbaren Obligationen eine persönliche Klage auf die Leistung des Ganzen gibt.

Eben so deutlich ist in folgenden Stellen: l. 1. pr. D. de condict. tritic. l. 17. D. de servitut. l. 19. D. de servitut. pr. rust. l. 25. §. 9. D. Famil. herciscund. l. 13. §. 1. D. de acceptil. der Grundsatz ausgesprochen, daß aus der stipulatio servitutis nur eine obligatio, nur eine persönliche Klage hervorgehet. Und ebenso wie es in den obigen Stellen heißt, wenn der promissor servitutis verstorben, so könne jeder Erbe desselben auf Bestellung der Servitut in solidum mit der aus dem Vertrage zustehenden Personalklage belangt werden, so wird in l. 5. D. de usufructu gesagt:

> Reo quoque promittendi defuncto in partes hereditarias ususfructus obligatio dividitur.

Ist hierdurch aber für das Recht der Pandecten zur Genüge dargethan, daß aus dem Vertrage nichts als eine obligatio unter den Contrahenten hervorgehet, so wird demnach auch der l. 3. pr. D. de obl. et act. ihre volle, in unserer Zeit ihr so oft abgesprochene Beweiskraft wohl schwerlich in Abrede gestellt werden können. Paulus sagt:

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat, ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Zwar meint Michelsen l. c. S. 363 diese Stelle sey ganz unbeweisend, und enthielte nichts als den Satz, daß der Inhalt einer obligatio nicht Eigenthum noch Servitut sein könne, sondern eine persönliche Verpflichtung zum Geben, Thun oder Leisten. Aber liegt nicht grade hierin die volle Beweiskraft dieser Stelle? Denn aus allen so eben citirten Fragmenten folgt doch zum Wenigsten so viel, daß nach Ansicht des Römischen Rechts aus dem auf Bestellung der Servitut gerichteten Vertrage eine obligatio entstehet. Und wenn uns nun hier gesagt wird: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, so können die Worte nichts Anderes sagen, als daß jene aus dem Vertrage entsprungene Obligation so wenig eine körperliche Sache wie eine Servitut in unser dominium zu übertragen vermag, sondern aus dieser Obligation nur eine persönliche Klage — sed ut alium nobis adstringat ad dandum — und keineswegs eine dingliche entstehet. Verkehrt müßte aber wohl der Versuch genannt werden, die Stellen aus Schriften der Römischen Juristen, welche sagen, daß aus dem Vertrage auch hier nur eine persönliche Klage entspringt, durch Interpretation hinwegräumen zu wollen, indem die Römischen Juristen gar nicht anders schreiben konnten, da der Beweis doch schwer-

lich denkbar ist, daß zur Zeit dieser Juristen an andern Sachen als Provinzialgrundstücken vertragsweise das dingliche Recht anders als durch in jure cessio und mancipatio, der Publiciana in rem actio anders als durch Tradition begründet werden konnte. Nur davon also kann die Rede sein, ob durch die bey Provinzialgrundstücken geltenden Normen jener Grundsatz des Civilrechts, daß der Vertrag auch hier nur eine persönliche Klage gab, im Justinianeischen Rechte — wiewohl es jenen Grundsatz selbst noch ausspricht — als abgeändert betrachtet werden müsse.

Aus Obigem ist von selbst klar, daß die l. 25. §. 7. D. de usufr., in welcher die stipulatio der traditio entgegengesetzt wird, eine Interpolation enthält, was auch schon von Hasse 12) bemerkt ist. Sie lautet:

> Quod autem diximus ex re fructuarii vel etiam ex operis posse acquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem, vel alium quemcunque modum.

Der Ususfructus an einem Sklaven wurde zu Ulpians Zeit, da ein Sklav kein Provinzialgrundstück war, nach keiner Theorie durch bloßen Vertrag bestellt, sondern in der Regel durch Legat, in jure cessio u. s. w. Da nun schon traditio vorher erwähnt war, so konnten die Compilatoren hier die in jure cessio nicht wie sonst in der Regel in traditio ver-

12) Güterrecht der Röm. Ehegatten. Band. I. nota 456. p. 443.

wandeln. Sie setzten deshalb Statt dessen stipulatio. Ob solche Interpolationen aber auch in die übrigen Rechtssätze hineinpaßten, das war bey solchen Aenderungen nicht immer ihre Sorge. Das klarste Beispiel einer solchen gedankenlosen Aenderung liefert wohl die l. 10. §. 1. D. de usurp., wo wir lesen:

> Hoc jure utimur ut servitutes per se nunquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint,

da doch Ulpian sichtlich geschrieben usucapi 13).

Allerdings aber könnte jene Stelle von Bedeutung sein, sobald die Voraussetzung irgend dargethan wäre, daß nach Justinians Idee an allen Sachen durch bloßen Vertrag das dingliche Recht erworben werden konnte. Aber selbst dann wäre der Gegensatz der traditio und stipulatio kaum zu rechtfertigen; denn wozu noch die Tradition neben dem Vertrage, wenn dieser allein schon zur dinglichen Klage berechtigen sollte? Wie wenig aber Justinians Idee es gewesen, den Grundsatz des ältern Civil-Rechts, daß aus dem Vertrage nur eine persönliche Klage entstand, aufheben zu wollen, zeigt aufs Deutlichste eine Constitution von Justinian selbst, die l. 16. C. de usufr. Hier entscheidet Justinian bekanntlich den Streit der Römischen Juristen, ob durch non usus bloß ein schon erworbener Ususfructus verloren gehe, oder auch ein solcher, auf dessen Ueberlassung der Berechtigte nur erst eine persönliche Klage hat, ohne bereits selbst

13) Unterholzner v. d. Verjährung §. 45. p. 297. — Cujacius ad l. 11. §. 1. D. de Publ. in rem act. T. VII. pag. 370. (ed. Neap.)

das dingliche Recht erworben zu haben. Und zwar setzt er hier die actio personalis aus einer Stipulation dem wirklich erworbenen dinglichen Rechte entgegen: ein Gegensatz, der ganz unbegreiflich wäre, wenn nach Justinians Idee aus dem Vertrage selbst schon mehr als eine persönliche Klage entstanden, der Ususfructus selbst ohne Weiteres schon erworben sein sollte.

Das civile Recht erforderte also zur Erwerbung der dinglichen Klage, zur Uebertragung des dominii servitutis eine in jure cessio oder mancipatio, denen das Vindicationslegat und die Adjudicatio 14) gleich stand. Auf solche Art bestellte Servituten sind ohne Zweifel die, welche so oft in unsern Quellen jure, jure ipso, ipso jure constitutae heißen, welche Ausdrücke sämmtlich mit jure civili durchaus synonim sind 15). War durch eine solche civilrechtliche Uebertra-

14) Ob die Adjudicatio unbedingt die vindicatio servitutis gab, ließe sich allenfalls bezweifeln. Paulus in Mai's Fragm. Vatic. §. 47. fügt ausdrücklich hinzu "legitimo judicio", so daß vielleicht, mehr wage ich nicht zu behaupten, sich annehmen ließe, daß nur in den legitimis judiciis durch Adjudication civilrechtlich die Servitut begründet gewesen, bey den imperio continentibus hingegen durch tuitio Praetoris adjudicirte Servituten geschützt wurden, ganz wie die Klage in den legitimis judiciis in der Regel civilrechtlich d. h. ipso jure durch die Litiscontestation erloschen, in den imperio continentibus nur durch den Prätor ope exceptionis hinweggeräumt wurde. — Gajus IV. §. 106. seqq.

15) So heißt eine solche Servitut in l. 3. D. Si usufr. petat. legitime ejus facta, in l 9. §. 1. Usufruct. quemadm. jure ipso, in l. 1. pr. D. Quib. mod. usufr. jure, bey Paulus Sent. Rec. III. 6. 17. und in l. 1. §. 9. D. de superfic. l. 4. D. de servit. l. 29. D. de usu et usufr. legato ipso jure constituta. Eine Bedeutung von ipso jure, welche vornämlich bey dem Streite, ob durch dolus die bonae fidei nego-

gungsart des Eigenthums die Servitut begründet, so war allerdings die Tradition der Servitut zur Anstellung der dinglichen Klage nicht erforderlich. — Und deshalb schon beweiset die von Schmidtlein benutzte l. 3. §. 13. D. de vi, worin Ulpian dem Usufructuar, bevor jemals der Besitz des Rechts auf ihn übergegangen, die vindicatio ususfructus gibt, gar nichts für die Ansicht, daß aus dem Vertrage schon das dingliche Recht entstehen könne, indem die vindicatio servitutum nur durch jene civilrechtlichen Uebertragungsarten des dominii, niemals aber durch bloßen Vertrag begründet werden konnte, auch nicht einmal an Provinzialgrundstücken, selbst nicht nach Schmidtlein's eigenen Annahmen, indem diese vindicatio servitutum bey Provinzialgrundstücken unzulässig, hier nur ein prätorischer Schutz denkbar war. Aber auch für das Justinianeische Recht gibt diese Stelle einen sehr guten Sinn, indem wir nur an die gewöhnlichste Entstehungsart eines Nießbrauches, d. h.

tia ipso jure oder ope exceptionis nichtig sein, wohl zu beherzigen ist, indem z. B. das "ipso jure munitus est" in l. 15. §. 1. D. de minor. nichts sagt, als: er ist schon durch das civile Recht gedeckt, welches dem bey der Societät Uebervortheilten die actio pro socio, wie bey jedem Contracte cui doli praestatio inest gibt, und welches civile Recht wiederum nicht leidet, daß der in einem bonae fidei Contracte Betrogene vom Richter condemnirt werden könne, weshalb dem Uebervortheilten eine prätorische Hülfe überflüssig ist. Denn dieß ist ja das diesen Geschäften ganz Eigenthümliche, wodurch sie sich vom strictum jus unterscheiden, daß schon nach der Idee des Civilrechts ein Contrahent dem Andern bona fides prästiren muß, hier also Alles, was gegen diese bona fides verstößt, nach Civilrecht d. h. ipso jure unwirksam ist, ohne daß der Prätor durch eine exceptio doli d. h. eine in die formula gesetzte Klausel, oder eine de dolo actio zu helfen brauchte. Daher nennt sie Cicero gradezu judicia de mala fide, (Natur. Deor. III. 30, pro Flacco cap. 30, de officiis III. 15 - 18).

an einen durch Vermächtniß hinterlassenen zu denken haben, in welchem Falle bekanntlich ohne weitere Rücksicht auf Tradition nach Justinianeischem Rechte stets die vindicatio ususfructus sogleich Statt findet. Und daß diesen durch Legat bestellten Nießbrauch auch Ulpian, wie in der Regel die Römischen Juristen, sobald sie allgemein vom Nießbrauche reden, hier vor Augen hatte, zeigt der §. 16. derselben Stelle, wo Ulpian also fortfährt: Sed si non ususfructus sed usus sit relictus. — Nicht wohl aber kann Ulpian, da er dieses schrieb, wie Zimmern (l. c. nota 60) annimmt, an einen durch jene pactiones et stipulationes constituirten Ususfructus gedacht haben, indem ja diese nach Zimmern von den Römischen Juristen in ihrer Wirkung der Tradition gleichgesetzt sein sollen, die Tradition aber keineswegs die vindicatio ususfructus, sondern unbedingt nur die Publiciana in rem actio gab, Ulpian ihm dagegen eine vindicatio gestattet. Denn waren jene civilen Uebertragungsarten des dominii nicht gebraucht, sondern eine bloße juris quasi traditio erfolgt, so war civilrechtlich gar kein Recht begründet, daher eine vindicatio servitutis undenkbar. Nur tuitione Praetoris durch die auf Servituten angewandte Publiciana in rem actio konnten tradirte Servituten geschützt werden 16). — Und grade in dieser Tradition von Sachen und Rechten, bey welchen das civile Recht eine civilrechtliche Erwerbsart erforderte, ist der Ursprung

16) l. 11. §. 1. D. de Publ. in rem act. S. 392. Zimmern l. c.

der Publiciana, und auch wohl die so frühe Entstehung der Usucapion im Römischen Rechte zu suchen, wenn man gleich beides sehr früh auf die von einem non dominus übertragenen Rechte anwandte 17).

Bey Provinzialgrundstücken waren nun aber nicht nur jene civilen Uebertragungsarten des dominii, sondern überhaupt die vindicatio servitutum unanwendbar. Hier mußte man also, um Jemanden die Ausübung eines servitutähnlichen Rechtes möglich zu machen, nach Gajus pactiones et stipulationes gebrauchen, d. h. wie oben gezeigt worden ist, es mußte der Concedent den Vertrag, durch welchen er die Ausübung des Rechts verstattete, durch eine Pönalstipulation bekräftigen, eine Strafe auf den Fall versprechen, daß er durch seine Handlungen der Ausübung des Rechtes hinderlich sein würde. —

Nicht wohl vermag ich es zu erklären, wie noch Michelsen l. c. pag. 375. die Bedeutung dieser pactiones et stipulationes so ganz übersehen, und einen bloßen Vertrag daraus machen konnte, der dann als "die dem jus gentium angehörende Grundlage der in jure cessio" angenommen, und damit dieser in ihren Wirkungen gleichgesetzt wird. Solche Annahmen und Voraussetzungen sind allerdings häufig schwer zu widerlegen. Hier aber liegt die volle Widerlegung dar-

17) Dieß folgt aus der ganzen Darstellung der Usucapion bey Gajus II. §. 40–46, und die Formel, welche er uns von der Publiciana actio (IV. 36.) gibt, spricht grade von einer traditten res mancipi, ohne eines non dominus zu erwähnen. Auch verdient wohl bemerkt zu werden, daß wir keine Stelle im Römischen Rechte haben, in welcher von der Publiciana actio bey Servituten, welche ein non dominus bestellte, die Rede wäre.

in, daß die pactiones et stipulationes kein bloßer Vertrag, sondern Vertrag nebst Pönalcaution sind, und wie dieß Versprechen einer Strafe als naturale Grundlage der von ihren civilen Symbolen entkleideten in jure cessio möglicher Weise gelten könne, sich doch nicht wohl denken läßt: denn grade diese Pönalcaution, nicht die pactio, müßte als solche angenommen werden, da die pactio, gleichwie sie der Pönalcaution vorherging, so auch stets einer in jure cessio vorangehen mußte.

Entstand nun aber aus diesen pactiones et stipulationes eine dingliche Klage, und welche Klage entstand daraus? Schon jene für nothwendig erklärte Pönalcaution beweiset, daß aus dem Vertrage selbst kein dingliches Rechtsmittel entstand. Denn wozu noch diese Stipulation, wenn schon vermöge des bloßen Vertrages der Erwerber durch eine dingliche Klage gegen jede Gefährde gesichert gewesen wäre? Diese kann also unmöglich aus dem bloßen Vertrage entstanden sein: denn weshalb hätte man jene Caution hier erfordert, nicht aber bey der in jure cessio, wenn die pactio schon, gleichwie die in jure cessio, ein dingliches Rechtsmittel begründet hätte *)? — Daß aus dem bloßen Vertrage bey Provinzialgrundstücken eine dingliche Klage entstand, beweiset auch nicht die dafür urgirte l. 3. C. de servitut. von Alexander, weil diese nur sagt: Es sey ein ding-

*) Factisch mochte freilich diese Caution auch wohl bey den civilrechtlichen Bestellungsarten der Servituten vorkommen — l. 36. D. de servit. pr. rust. — aber für nothwendig erklärt ist sie doch nur bey der pactio.

liches Recht begründet, si ea praecesserint, quae servitutes constituunt, weshalb sie in jede Theorie hineinpaßt: noch auch die von Michelsen dafür benutzte l. 1. pr. D. Quibus modis ususfr. amitt., wo Ulpian sagt:

> Non solum usumfructum amitti capitis diminutione constat, sed et actionem de usufructu: et parvi refert utrum jure sit constitutus ususfructus an vero tuitione Praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali non jure constitutus.

Allerdings scheint hier Ulpian den traditus ususfructus und den an einem fundus vectigalis — Statt dessen in den Fragm. Vat. §. 61. "stipendiario" gelesen wird — zu unterscheiden. Daraus folgt aber noch bey Weitem nicht, daß nicht auch die Tradition zur Begründung eines dinglichen Rechtsmittels erforderlich gewesen wäre: denn sehr wohl konnte Ulpian dem jure constitutus ususfructus, d. h. dem durch in jure cessio, das Vindicationslegat u. s. w. bestellten, den an einem fundus Italicus durch bloße Tradition begründeten Nießbrauch, der durch die Publiciana in rem actio geschützt wurde, entgegensetzen, und letzterm zur Seite den am Provinzialboden constituirten aufführen, welcher nach der Tradition ebenfalls tuitione praetoris geschützt wurde. Denn doch nur tuitione Praetoris — äußere sich diese nun in einer Anwendung der Publiciana in rem actio auf Provinzialgrundstücke, oder als eine confessoria utilis — konnte solch Nießbrauch geschützt werden. Diese erfordert aber die erfolgte Tradition:

l. 1. pr. D. de servit. pr. rust. Traditio plane et patientia inducet officium Praetoris.

Wollte ich die Sache noch weiter treiben, so würde sich sehr wohl behaupten lassen, daß jene l. 1. pr. Quibus modis direct für unsere Ansicht beweise, indem nach den Fragm. Vat. §. 61 Ulpian gar nicht "item" schrieb, sondern "licet", also: "traditus quoque ususfructus licet in fundo stipendiario". — Doch genug, daß die Stelle auf keinen Fall gegen uns zeugt, wir bedürfen dieses Argumentes keineswegs. Denn daß nach Gajus Ansicht aus jenen pactiones et stipulationes keine dingliche Klage entstand, läßt sich am Bestimmtesten aus den eigenen Worten desselben in l. 3. pr. D. de usufr. darthun:

Omnium praediorum jure legati constitui ususfructus potest, ut heres juheatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui. Et sine testamento si quis velit usumfructum constituere pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

Denn dem Damnationslegate, aus welchem doch nur eine persönliche Klage entstand, sind die pactiones et stipulationes gleichgestellt. Und noch mehr, Gajus sagt, durch das Damnationslegat sey der ususfructus constituirt. Dadurch sind wir völlig berechtigt, oder vielmehr gezwungen, das gleich folgende pactionibus et stipulationibus constituere usumfructum ebenfalls von Begründung einer persönlichen Klage zu verstehen, ganz so wie Gajus dies consti-

luere beim Damnationslegate wenig Worte zuvor verstanden wissen wollte.

Merkwürdig muß es allerdings erscheinen, wie Gajus darauf kam, bey Einräumung servitutähnlicher Rechte an Provinzialgrundstücken diesen Pönalvertrag für nothwendig zu erklären, und warum er nicht lieber die Analogie der civilrechtlichen Servituten befolgte, und, wie bey diesen der Berechtigte nicht durch Vertrag, sondern erst durch in jure cessio vollständige Sicherheit seines Rechtes, d. h. eine dingliche Klage, erhielt, warum er nicht ebenso bey Provinzialgrundstücken die völlige Begründung des Rechtes in der dem Vertrage nachfolgenden Tradition suchte, sondern als solche uns einen Pönalvertrag anführt, welcher denn doch kein Rechtsmittel gegen einen Dritten geben konnte, sondern nur eine Klage gegen den, der selbst die Strafe versprochen, auf den Fall er der Ausübung des Rechtes hinderlich sein würde. Diese anscheinende Schwierigkeit beseitigt sich aber leicht, sobald wir nur nicht unberücksichtigt lassen, daß Gajus und überhaupt das ältere Römische Recht keine Tradition der Servituten kannte. So lange diese nicht anerkannt war, war es eine Sache der Unmöglichkeit für den Concedenten, gleich durch sein eigenes Factum ein dingliches Rechtsmittel an Provinzialgrundstücken dem Mitcontrahenten möglich zu machen. Damit soll aber gar nicht geleugnet werden, daß nicht vielleicht schon sehr früh vertragsmäßig bestellte Gerechtigkeiten auch an Provinzialgrundstücken, sobald sie diuturno usu ausgeübt waren, tuitione Praetoris gegen jeden Drit-

den geschützt wurden 18). Allein so lange man keine Tradition der Servituten kannte, konnte wenigstens nicht gleich durch den, welcher das Recht einräumte, ein dingliches Recht übertragen werden. Deshalb, weil diese Uebertragung unmöglich war, erforderten die älteren Juristen da, wo die in jure concessio nicht Statt haben konnte, daß der Concedent den Vertrag durch eine Pönalcaution bekräftigte, welche das spätre Recht, nachdem es, um gleich ein dingliches Rechtsmittel möglich zu machen, eine Tradition anerkannt hatte, deshalb als unnütz verwarf. Für diese Behauptung sprechen die deutlichsten Stellen. So sagt Pomponius in l. 3. §. 2. D. de act. emt. vend.

si iter, actum, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est, itaque cavere debes, per te non fieri quominus utar.

Grade also aus der Unmöglichkeit der Tradition wird die Nothwendigkeit einer besondern Pönalcaution hergeleitet.

Wenn nun aber auch Gajus diese Pönalcaution als nothwendig verlangt, wenn derselbe ferner die Tradition der Servituten als unmöglich in mehreren Stellen darstellt 19), so muß auch er gleich Pompo-

18) Sollte nicht vielmehr aus dem Umstande, daß die civilrechtlichen Bestellungsarten der Servituten hier nicht Statt fanden, und eine Tradition für unmöglich gehalten wurde, die Entstehung der Ansicht, daß longa consuetudine ausgeübte Servituten tuitione Praetoris zu schützen sein, sich am natürlichsten erklären lassen?

19) Gaj. II. §. 19. 28, und derselbe in l. 43. §. 1. D. de acq. rer. dominio. — Daß Gajus eine Tradition der Servituten kannte, läßt

nius zu dem Pönalvertrage seine Zuflucht deswegen genommen haben, um dadurch dem Berechtigten, dem ein dingliches Recht, so lange man keine Tradition kannte, gar nicht übertragen werden konnte, doch wenigstens eine möglichst sichere Ausübung seines Rechtes zu verschaffen.

Den vollständigsten Beweis dieser Ansicht liefert aber die l. 20. D. de servit., wo Javolenus (libr. 5. ex poster. Labeonis) sagt:

Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri quominus eo jure uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio sit: ego puto usum juris pro traditione possessionis accipiendum esse; ideo-

sich auch aus der von Savigny (Besitz §. 45. S. 447. nota 1) für diese Tradition citirten l. 3. pr. D. de usufr. keineswegs schließen. Denn hier sagt Gajus: constitui ususfructus potest, ut heres jubeatur dare usumfructum, und will nun die Frage beantworten, wann der Erbe dieser ihm obliegenden obligatio dandi usumfructum Genüge geleistet, und erklärt diese Obligation für erfüllt bey Provinzialgrundstücken, wenn der Erbe den Legatar in das Grundstück eingeführt, oder sonst die Ausübung des Rechts nicht hindert. Dieß sagen die Worte: dare intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui. Davon ist aber die Frage noch sehr verschieden, ob Gajus in der Gestattung der Ausübung des Rechtes eine Tradition des Besitzes gesehen habe, was nach den obigen Stellen geleugnet werden muß. — Beide Ansichten verbindet aber Michelsen mit einander, indem er l. c. p. 376 die Worte der l. 3. pr. cit. nach Savigny von einer Tradition der Servitut verstehet, und dadurch grade diese Stelle für seine Ansicht beweisend macht, dagegen aber p. 383 a. E. sagt, daß nach Gajus Ansicht (II. §. 28. 29.) die Servituten als res incorporales der Tradition nicht fähig sein.

que et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Erstens ist von selbst klar, daß Labeo so wenig wie Javolenus den bloßen Vertrag für genügend hielten zur Sicherheit dessen, der eine Servitut gekauft. Labeo kannte aber ferner so wenig wie Pomponius und Gajus eine Tradition der Servituten, und erfordert deshalb gleich jenen eine Pönalstipulation. Dagegen sucht Javolen die Möglichkeit der Annahme einer traditio zu rechtfertigen, und verwirft deshalb — weil diese traditio ein dingliches Rechtsmittel zu geben vermag — die ältere Ansicht. Dieses aus der traditio entstehende Rechtsmittel, welches den Pönalvertrag überflüssig machen soll, muß aber wohl den Juristen, welche diese traditio nicht kannten, und deshalb einen Pönalvertrag für nothwendig hielten, ebenfalls unbekannt gewesen sein.

Aus dem bisher Gesagten folgt bereits:

1. daß die Ansicht, der zufolge aus dem bloßen Vertrage das dingliche Recht entstehen soll, aus unsern Quellen schwerlich begründet werden kann, indem nicht nur das Gegentheil in manchen Stellen der Digesten und nicht minder von Justinian selbst ausgesprochen ist, sondern auch im Römischen Rechte nirgend, so wenig bey Provinzialgrundstücken wie bey andern dieser Grundsatz angenommen wurde, indem vielmehr zur vertragsmäßigen Begründung der civilen Klage eine civilrechtliche Uebertragung des dominium — in jure cessio oder mancipatio — erforderlich war, die Begründung des Prätorischen Schutzes aber

die erfolgte Tradition voraussetzte 20). Ebenso folgt daraus

5. wie wenig mit unsern Quellen vereinbar die Ansicht ist, welche voraussetzt, es habe unter den Römischen Juristen ein Streit obgewaltet, ob nicht eine dem Vertrage hinzugefügte Pönalcaution mit der Tradition gleiche Wirkung habe, nach welcher Meinung das Römische Recht in dem Versprechen einer Strafe eine traditio solo animo gesehen hat, und welche Ansicht Justinian in den Institutionen soll bestätigt haben. Diese Annahme ist schon deswegen zu verwerfen, weil Tradition nichts Anders ist, als Uebertragung der factischen Detention, wo also factisch der Besitz nicht ergriffen wird, auch keine Tradition denkbar ist. Dann aber findet sich von jener Controverse in unsern Quellen auch nicht die mindeste Spur. Vielmehr zeigen sie, daß die ältern Juristen gar keine Tradition der Servituten kannten, und deshalb zur Bestärkung des Vertrages, wodurch die Ausübung eines servitutähnlichen Rechts versprochen wurde, zu jenem Pönalvertrage ihre Zuflucht nahmen. Diesen verwarfen andere Juristen, indem sie, durch das practische Bedürfniß geleitet, eine traditio possessionis annahmen, und dadurch ein dingliches Rechtsmittel erst möglich machten, sobald wie bey Provin-

20) Das für diese Meinung aus der Analogie der Pfandklage hergenommene Argument glaube ich nach dem, was von Du Roi und Zimmern über die Natur dieser Klage bereits so treffend gesagt ist, ganz übergehen zu müssen.

zialgrundstücken die in jure cessio unmöglich war, oder diese doch nicht verlangt werden konnte, wie beim bloßen Kauf einer Servitut, weil aus dem bloßen Kaufe, sobald kein dari servitutem stipulirt war, an sich nicht auf ein dare d. h. auf Uebertragung des dominii servitutis durch in jure cessio oder mancipatio geklagt werden konnte.

Für nicht ganz überflüssig und ohne Interesse möchte ich es halten, wenn wir jene Frage, wann und wie der Begriff der traditio possessionis bey Servituten im Römischen Rechte entstanden, und weiter sich ausgebildet, wo möglich noch genauer beantworten könnten. Aus dem Obigen, gehet schon so viel hervor, daß noch zur Zeit der ältern Juristen dieser Begriff dem Römischen Rechte unbekannt war [21]), und erst durch die Juristen des praetischen Bedürfnisses wegen angenommen wurde. Bey einer durch das Bedürfniß veranlaßten Bildung eines Rechtssatzes wäre es aber ganz unwahrscheinlich, daß er auf einmal vollständig von allen Juristen, und zwar bey allen Arten von Servituten anerkannt sein sollte. Welchen Gang aber die Bildung dieses Rechtssatzes genommen, scheint nicht unklar angedeutet zu sein von Ulpian in l. 11. §. 1. D. de Publ. in rem act.:

Si de usufructu agatur tradito Publiciana datur, itemque servitutibus urbanorum

21) l. 3. §. 2. D. de A. E. V. (Pomponius) "vacuae possessionis traditio nulla est", l. 20. D. de servitut. "putat Labeo — quia nulla ejusmodi juris vacua traditio sit". — Gajus II. §. 19. 28.

praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci, item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Sicher ist hier die Reihenfolge, in welcher Ulpian die einzelnen Klassen von Servituten aufzählt, nichts Zufälliges. Denn leicht mußte die Annahme einer Tradition, und dieser zufolge eine Anwendung der Publiciana beim Nießbrauche sein, wo die Einräumung der Ausübung des Rechtes stets mit der Tradition der dienenden Sache selbst zusammenfällt.

Am schwierigsten aber mußte es sein, bey den servitutes praediorum rusticorum, "quia non habent certam continuamque possessionem", eine traditio possessionis anzuerkennen. Und deshalb ist auch wohl der Schluß von Ulpian, daß auch bey diesen Servituten die Zulassung der Publiciana actio practisch ausgemacht sey, nicht ohne Bedeutung. Ja dieser Zusatz grade bey dieser Klasse von Servituten scheint dahin zu deuten, daß noch damals von einzelnen Juristen die Zulässigkeit der Publiciana bey denselben theoretisch bezweifelt wurde. Diese Frage aber, ob eine traditio possessionis, und dadurch die Publiciana zulässig sey, stehet in der genauesten Beziehung mit der Frage, ob eine possessio, als factisches Innehaben gedacht bey diesen Servituten Statt finde. Denn da Tradition nothwendig die Uebertragung der Detention erfordert, so ist auch die Annahme einer Tradition dem unmöglich, welcher keinen Besitz an Servituten annimmt, so wie umgekehrt der, welcher eine

possessio anerkennt auch leicht dahin geführt werden wird, eine Tradition dieser possessio anzuerkennen.

Bringen wir hiemit den bekannten Umstand in Verbindung, daß in mehreren Stellen der Justinianeischen Compilation die Möglichkeit eines Besitzes der Servituten geleugnet wird, so ist es nicht unwahrscheinlich, daß grade zu der Zeit, in welcher der Begriff einer traditio possessionis angenommen wurde, auch erst die Möglichkeit eines factischen Innehabens der Servituten anerkennt wurde. Die Belege für diese Ansicht finde ich in einigen wohl zu sehr vernachlässigten Stellen, vornämlich in l. 4. §. 27. D. de usurp.:

> Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, i. e. mero jure detruditur.

Die hier ausgezeichneten Worte sind die, welche einzig und allein des Paulus Entscheidung begründen. Der daraus gezogene Schluß, daß die Dejection aus einer via undenkbar sey, ist bloße Folge davon, daß Paulus einen Besitz der via leugnet, und aus einem merum jus, wie Paulus grade deshalb ein Recht nennt, das nicht factisch besessen werden kann, eine Dejection nicht denkbar ist, weil das Recht selbst nicht durch Gewaltthätigkeiten aufgehoben werden kann, sondern nur der Besitz desselben. Schwerlich wollte Paulus behaupten, daß die gewaltsame Aufhebung der Möglichkeit das Recht auszuüben hier un-

denkbar sey. Ein Beispiel möge dieß erläutern. Dem A stehet eine Wegegerechtigkeit über das Feld, durch den Garten des X zu. Dieser des Gehens überdrüssig, wirft den A, da er gehet, hinaus, und verbauet den Eingang, reißt die Brücke nieder, ohne welche A nicht auf das Grundstück kommen kann. Wer hier einen Besitz der via annimmt, muß sagen, A ist ex possessione dejicirt. Paulus konnte so nicht sagen: "quia nec possideri intelligitur jus incorporale". Hätte er dagegen einen vom Besitze des Grundstückes unabhängigen, für sich bestehenden Besitz der Servitut anerkannt, so mußte er auch in der gewaltsamen Aufhebung der Möglichkeit das Recht auszuüben, eine dejectio ex possessione sehen: denn er spricht von einem durch Gewalt bewirkten non usus des Rechts, von einem Berechtigten, der vi expulsus est de via. Und wie läßt sich ein anderer Sinn herausbringen aus Paulus Worten, der in l. 3. pr. D. de possess. erklärt: possideri possunt quae sunt corporalia, und nun ausdrücklich sagt: nec possideri intelligitur jus incorporale?

Allerdings aber ist der ganze Zusammenhang dieser Stelle nicht ohne bedeutende Schwierigkeit. Denn Paulus schließt folgender Maaßen: weil bey einer via kein Besitz gedacht werden, also eine dejectio ex possessione nicht Statt haben kann, deshalb verliert der, dem die Ausübung der Wegegerechtigkeit durch Gewalt unmöglich gemacht wurde, durch non usus in der gesetzlichen Zeit, die Servitut. Er gibt dadurch zu verstehen, daß, falls ein Besitz hier von ihm anerkannt wäre, auch das Recht in diesem Fall

nicht durch non usus untergehen würde: denn das Nichtdaseyn des Besitzes ist sein einziger Entscheidungsgrund. Schwer ist es allerdings zu sagen, vornämlich wegen der Dürftigkeit unserer Quellen über den non usus der Servituten, wie Paulus auf diesen Schluß geführt werden konnte. Ich denke mir seine Gedankenreihe so: "die Ersitzung der Freiheit eines Grundstückes von Servituten setzt natürlich einen Besitz der Freiheit voraus, welcher bey servitutes praediorum rusticorum schon dann Statt findet, sobald der Berechtigte die Ausübung seines Rechtes unterläßt. Dieser Besitz der Freiheit, welcher zur Ersitzung der Freiheit führen soll, muß aber, wie jeder Besitz, eine justa possessio sein, er darf nicht vi, nicht clam, nicht precario angefangen haben. Er würde aber allerdings hier vi angefangen haben, sobald er durch eine Besitzesentsetzung des Gegners begründet wäre. Diese Dejection des Gegners ist aber hier nicht anzunehmen, weil die via von diesem gar nicht besessen werden konnte, und aus einem Rechte, an welchem kein Besitz Statt findet, Niemand dejicirt werden kann, denn non alius dejici visus est quam qui possidet (l. 1. §. 23. D. de vi)".

Daß aber ein Besitz, als etwas factisches gedacht, an dieser Art Servituten noch von Paulus konnte geleugnet werden, liegt in der Natur der Sache. Denn bey der Wegegerechtigkeit, wie bey fast allen servitutes praediorum rusticorum, deren Ausübung nicht wie bey den persönlichen Servituten durch das fortwährende Innehaben der dienenden Sache selbst zu jeder Zeit in die Augen fällt, und wie z. B. bey der ser-

vitus tigni immittendi durch ihr Daseyn selbst sich ununterbrochen ausübt, sondern deren Ausübung nur in einzelnen von Zeit zu Zeit vorzunehmenden Handlungen sich äußern kann, mußte die Annahme eines factischen Innehabens der Servitut die meiste Schwierigkeit finden. Dieß aber ist grade der Grund, weshalb Paulus bey den servitutes praediorum rusticorum den Besitz leugnet. Hören wir ihn selbst:

> l. 14. pr. De servitut. Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem. Nemo enim tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem etiam in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

Paulus sucht aus zwey Gründen die Unmöglichkeit einer Usucapion der servitutes pr. rusticorum zu zeigen. Sein erstes Argument ist, weil sie res incorporales sind, und als solche nicht factisch besessen werden können. Dieser Grund nämlich genügte der ältern Schule, um bey allen Arten von Servituten die Usucapion wie die Tradition abzuleugnen — l. 43. §. 1. D. de acq. dom. — gleichwie sie aus demselben Grunde die usucapio der hereditas verdrängt hatte. Er konnte aber nicht mehr für allgemein beweisend gelten, nachdem man bereits angefangen, bey Servituten eine traditio possessionis, und damit auch einen factischen Besitz anzuerkennen. Deshalb fügt Paulus noch einen zweiten Grund

hinzu, daß nämlich auf keinen Fall bey diesen Servituten sich ein stetes, ununterbrochenes Innehaben denken lasse, da ja die Ausübung selbst nur in einzelnen von Zeit zu Zeit vorzunehmenden Handlungen bestehe, und deshalb, wollte man auch eine possessio annehmen, diese doch jeden Augenblick unterbrochen sein würde. — Nach Donell (Comment. j. c. XI. 11.) soll jedoch diese Stelle einen ganz andern Sinn geben, indem Paulus nicht gradezu erklärt, der Besitz würde unterbrochen sein, sondern daß es nur so schiene, als ob er in den Augenblicken, da das Recht nicht ausgeübt wird, unterbrochen wäre (interpellari videtur); er würde vielmehr in diesen Zeiten animo retinirt. Allein dieß leitet Paulus aus dem Umstande, daß hier ein beständiges factisches Innehaben undenkbar ist, keineswegs her, sondern er sagt deshalb in l. 4. §. 27. cit., daß solch Recht ein merum jus sey, an dem ein Besitz sich gar nicht denken lasse: nec possideri intelligitur.

Jener Grund aber, daß nämlich ein stetes factisches Innehaben unmöglich sey, paßt auf die servitutes praed. urban. gar nicht, welche, wie z. B. das tignum immissum, durch ihr Daseyn sich stets und ununterbrochen von selbst ausüben. Deshalb wendet Paulus auch diesen Grundsatz bey diesen keineswegs an: er sagt deswegen von diesen in Beziehung auf die Usucapion nur: — idem observatur in servitutibus praediorum urbanorum, und erkennt daher auch consequent bey diesen einen Besitz dieser Servituten, ein factisches Innehaben derselben an:

l. 20. pr. D. de servit. pr. urb. Servitutes quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte de aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeo per causam tigni possideo habendi consuetudine. Idem eveniet et si moenianum in tuum immissum habuero aut stillicidium in tuum projecero, quia in tuo aliquid utor, et sic quasi facto possideo.

Hier also ist nach Paulus die Annahme eines factischen Besitzes deshalb möglich, weil hier eine continua possessio, ein stetes, ununterbrochenes Innehaben des Rechtes per causam tigni Statt finden kann.

Da aber Paulus bey den servitutes praediorum rusticorum eine possessio leugnet, so konnte er auch hier eine traditio possessionis, und demnach auch die Anwendbarkeit der Publiciana actio bey dieser Art von Servituten nicht annehmen. Und hierdurch ist der oben aus der Fassung der l. 11. §. 1. D. de Publiciana in rem actione gezogene Schluß, daß die Publiciana actio erst spät und nur allmählig bey allen Arten von Servituten, und zwar zuletzt bey den servitutes praediorum rusticorum angewandt, und hier noch zu Ulpians Zeit theoretischen Zweifeln unterworfen gewesen sey, hoffentlich gerechtfertigt.

Bey dieser Ansicht, daß der Begriff einer traditio, und der damit nothwendig verbundene Begriff eines factischen Innehabens der Servituten — denn Tradition ist nichts als Uebertragnng der factischen

Detention — erst so allmählig und so spät sich bildete, macht mich der Umstand aber, daß schon früher bey den Servituten es possessorische Rechtsmittel gab, und zwar bey den praediorum rusticorum besonders eingeführte interdicta veluti possessoria, keinen Augenblick zweifelhaft: indem ich glaube, bey der Ansicht der Römischen Juristen stehen bleiben zu müssen, daß diese interdicta retinendae possessionis ihrem Ursprunge nach eine rein processualische Bedeutung hatten, daß ihre Bestimmung war, vor dem Streite über das dingliche Recht selbst die nach Ansicht des Römischen Rechts nothwendige 22) Vorfrage zu entscheiden: uter possideat, d. h. wer von den streitenden Theilen das Recht habe zu verlangen, daß sein Gegner als Kläger auftreten müsse: uter possessoris uter actoris partes obtinere debeat. Diese in unsern Quellen überall ausgesprochene Ansicht 23) wird aber wohl durch den historischen Grund zur Gewißheit erhoben, daß bey dem alten Verfahren durch legis actiones das Verfahren bey dinglichen Klagen damit anhob, daß die streitenden Theile die

22) Nam nisi ante exploratum sit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui §. 4. J. de interd. Theophilus ad h. l. l. 62. D. de judiciis.

23) Gajus IV. §. 148. Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi quum ab utraque parte de proprietate rei controversia est, et ante quaeritur, uter — possidere et uter petere debeat: cujus rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi. — l. 1. §. 2. 3. D. Uti possidetis: Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit quod separata esse debet possessio a proprietate rel.: §. 4. J. de interd. Theophil. ad h. l. 2. §. 45. D. de aqua quotid.

wenigstens bildlich vor den Prätor gebrachte Sache beide handgreiflich, mit einer festuca bewaffnet, in Anspruch nahmen, und nun der Prätor durch sein Dazwischentreten, durch seinen Befehl: mittite ambo (hominem), diesem symbolischen Streite ein Ende machte, und bis zur Entscheidung über das Recht selbst einer Parthey den Besitz zusprach, und dadurch erst einen der Theile zum Beklagten machte — secundum alterum eorum vindicias dabat, d. h. nach Gajus Erklärung (IV. 16.): interim aliquem possessorem constituebat. Sehr natürlich war es nun aber, daß über diesen den Vindicationen stets vorausgehenden Streit, über die Frage wer als possessor im Rechtsstreit selbst zu behandeln — quem Praetor potiorem habeat in possessione sagt Ulpian in l. 1. §. 1. Uti possid. — vielleicht schon sehr früh, im Edicte besondere Normen aufgestellt waren, welche dann nach Aufhebung der legis actiones ganz an die Stelle der alten vindiciae eintraten 24).

Ganz so wie diese s. g. lis vindiciarum bey dem Verfahren durch legis actiones den Zweck hatten zu bestimmen, uter possidere uter petere debeat (Gajus IV. 16.), ganz so sagt Gajus vom spätern Verfahren:

> Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, quum ab utraque parte de proprietate controversia est et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere uter petere debeat, cujus rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi.

24) Ueberhaupt zu vergleichen ist Du Roi im Archiv für die civil. Praxis Bd. VI. S. 263–277. 281.

In diesen Worten, in diesem Zwecke ist der ganze Begriff des juristischen Besitzes, des Besitzes ad interdicta ausgesprochen. Jeder will Eigenthümer sein — ab utraque parte de proprietate controversia est. Jeder behauptet in der Lage zu sein, daß er nach den im Edict positiv aufgestellten Normen die possessio für diesen Rechtsstreit in Anspruch nehmen dürfe — ante quaeritur uter possidere debeat — oder wie Ulpian in l. 1. §. 3. D. Uti possidetis sagt: ein Jeder behauptet gradezu, er besäße — si inter ipsos contendatur, uter possideat, was auch Theophilus bekräftigt, wenn er schreibt: Uterque nostrum dominium ad se transferebat: ego tandem dicebam: Si te dominum esse putas, ecce ego servum possideo, institue adversus me actionem in rem; sed tu quoque eadem dicebas; quin ego possideo et tu potius adversus me actionem in rem institue 25). Jeder also behauptet, se possidere, und will diesen behaupteten Besitz geschützt wissen. Daher der Name retinendae possessionis interdicta. Denn da jeder, er mochte die Sache vor Ausbruch des Streites factisch in Händen haben oder nicht, behauptet se possidere, so muß auch sein Zweck, sein petitum dahin gehen, daß er in diesem behaupteten Besitze geschützt werde. Der judex entscheidet nun nach den im Edicte vorgezeichneten Regeln: uter possideat, und der, welcher so als possessor anerkannt wird, gilt als juristischer Besitzer, siegt im Interdictsprocesse, mag er im Augenblicke, da der

25) Theoph. ad §. 4. J. de interdictis.

Streit anhub, factisch die Sache in Händen gehabt haben oder nicht, was ja beim Utrubi, wo es nur auf den längern Besitz im letzten Jahre ankam, ganz irrelevant war, aber auch beim Uti possidetis gar nicht in allen Fällen nothwendig erfordert wurde, denn si a me possides vi aut clam, superior sum interdicto 26). — Aus dieser Entstehung dieser Interdicte rechtfertigt sich ferner die ganze Wortfassung derselben, daher der Umstand, daß jede Parthey als Kläger und Beklagter auftritt, und erst die Entscheidung des judex einen zum Beklagten für den Rechtsstreit selbst bestimmt. Denn dieß war grade so bey dem alten Verfahren der s. g. lis vindiciarum, wo auch erst der Prätor einen der Theile durch die datio vindiciarum zum Beklagten machte. Daher endlich stammt der ganze Begriff des Besitzes ad interdicta, der bedingt ist durch den animus dominii: denn nur dafür sind diese Interdicte eingeführt, quum ab utraque parte de proprietate controversia est 27).

Wandte man nun gleich auch zu demselben Behufe bey den servitutes urbanorum praediorum das Uti possidetis an — weil die Abstreitung derselben eine Besitzesstörung der herrschenden Sache selbst ent-

26) l. 3. pr. D. Uti possidetis. — Es möchte doch wohl sehr schwierig sein, den Satz des ältern Römischen Rechtes, daß der Schenker einer beweglichen Sache diese dem Beschenkten, der noch nicht majore anni parte besessen, mit dem interdicto Utrubi wieder abnehmen konnte — vergl. oben S. 13. und folgd. — mit der Ansicht, daß dieß Interdict eine Klage ex delicto sey, in Harmonie zu bringen.

27) Gajus l. c. §. 4. J. de interdictis.

hält, da die Ausübung des Rechts mit dem Besitze der Hauptsache unmittelbar zusammenfällt — so war doch dadurch die Frage noch gar nicht entschieden, ob es einen getrennt vom Besitze des herrschenden Grundstückes für sich bestehenden, selbstständigen factischen Besitz der Servitut selbst gebe, und deshalb eine Tradition dieses Besitzes angenommen werden könne.

Bey den servitutes rusticorum praediorum waren nun zu demselben Zwecke — l. 1. §. 45. D. de aqua quot. — besondere Interdicte eingeführt, welche man, weil sie denselben Zweck hatten, veluti possessoria nannte. Und wohl deshalb waren hier besondere Interdicte eingeführt, weil hier, wo die Ausübung der Servitut nicht mit dem Besitze des herrschenden Grundstückes zusammenfällt, sondern sich nur in einzelnen positiven Handlungen äußert, das Uti possidetis, eingeführt für den Besitz von Grundstücken, unanwendbar erscheinen mußte. Deshalb wurden hier besondre Interdicte eingeführt, zu deren Begründung im Edicte eine Ausübung des Rechts in bestimmten Zeiträumen non vi non clam non precario ab adversario erfordert wurde. Hiervon war aber wiederum die Frage noch ganz unabhängig, ob in dieser Ausübung des Rechts, welche nur in unterbrochenen, von Zeit zu Zeit vorzunehmenden Handlungen bestehen kann, ein factisches Innehaben der Servitut selbst gesehen werden könne, so daß eine Tradition desselben und eine Dejection aus demselben sich möglicher Weise denken lasse, was die ältern Juristen durchaus leugneten 28), während andere, geleitet durch das

28) Gajus II. 28. Incorporales res traditionem non re-

practische Bedürfniß, um da wo eine in jure cessio unterblieben oder unstatthaft war, doch eine dingliche Klage begründen zu können, in der Ausübung des Rechts, auch wenn diese noch so unterbrochen war, einen factischen Besitz der Servitut selbst, und in der Gestattung dieser Ausübung eine traditio possessionis annahmen.

Erst hierdurch erklärt sich vollständig die schon oben erwähnte l. 20. D. de servitut., in welcher Stelle fast jedes Wort von Wichtigkeit ist, welche aber deshalb nochmals vollständig betrachtet zu werden verdient, und zugleich den Beweis der Richtigkeit der ganzen hier versuchten Darstellung liefern wird. Javolen sagt:

Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat Labeo: per te non fieri quo minus eo jure uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio sit. Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Wenn ich von dir eine Wegegerechtigkeit oder ein ähnliches Recht kaufe, so glaubt Labeo, du müßtest mir besonders eine Strafe versprechen, auf den Fall, daß du der Ausübung desselben hinderlich sein würdest, weil ja ein solches Recht nicht tradirt werden könne. — Ich aber glaube, wir können sehr wohl in der dem Vertrage zufolge vorgenommenen Ausübung des Rechts eine Uebertragung des Besitzes sehen; und die-

cipere manifestum est: und zwar spricht er hier, wie der Zusammenhang lehrt, von allen Arten Servituten — nebst den übrigen oben citirten Stellen.

sen anzunehmen, kann kein Bedenken haben, da ja längst besondere interdicta veluti possessoria eingeführt sind.

Gleich wie Paulus in l. 4. §. 27. D. de usurpat. schließt: Weil die via ein merum jus ist, weil daran keine possessio gedacht werden kann, so ist auch eine Dejection aus einer via juristisch undenkbar — ganz ebenso schloß Labeo, ein bloßes jus kann nicht tradirt werden (quia nulla ejusmodi juris vacua traditio sit). Gegen diese Ansicht erklärt sich Javolen. Aus practischer Rücksicht, um eine dingliche Klage zu begründen, sucht er die Annahme einer traditio zu rechtfertigen. Und da traditio nichts ist, als Uebertragung des factischen Besitzes, so sucht er auch vor Allem die Annahme eines solchen factischen Besitzes gegen Labeo und Andere zu rechtfertigen, und beruft sich dafür auf die schon bestehenden interdicta veluti possessoria. Dieser Beweis muß für unwiderleglich gehalten werden, sobald man den Zweck dieser Interdicte in dem Schutze des factischen Innehabens siehet. Da aber ältere Juristen dieser Interdicte ungeachtet dieses factische Innehaben ableugneten, da später noch Paulus es leugnen konnte (nec possideri intelligitur jus incorporale) so kann wohl der Begriff eines factischen Besitzes mit diesen Interdicten nicht so nothwendig nach der Idee des Römischen Rechtes verbunden gewesen sein. Weil aber ohne diese Annahme vertragsweise die Bestellung einer Servitut als dingliches Recht, sobald die in jure cessio unstatthaft war, gar nicht

Statt finden konnte, so war nichts natürlicher, als daß aus dieser Rücksicht die Meinung des Javolenus den Beifall der Praxis erhielt, so daß Ulpian auch selbst von den servitutes praediorum rusticorum sagen konnte: et hic traditionem et patientiam tuendam constat. Und hiernach ist es wohl nichts Zufälliges, wenn wir von keinem der ältern Juristen eine Stelle haben, welche bey dieser Art Servituten die Zulässigkeit der Publiciana ausspricht, und keine Stelle aus Ulpian, welche die Pönalcaution erfordert. Diese an die Stelle der alten pactiones et stipulationes, aus welchen keine dingliche Klage entstand, gesetzte Tradition ist dann aber im Justinianeischen Rechte, nach dem Wegfallen der mancipatio und in jure cessio, als die einzige Art, wie bey Servituten vertragsweise das dingliche Recht übertragen werden kann, übrig geblieben.

Denn daß dieser Tradition, welche die Publiciana in rem actio gab, jene pactiones et stipulationes von Labeo, Pomponius und Gajus gleichgesetzt sein, ist nicht wohl anzunehmen, weil diese grabezu die Möglichkeit der Tradition ableugnen. Daß aber später, nachdem die Tradition, um die Publiciana actio begründen zu können, allmählich bey allen Servituten anerkannt war, jene von den ältern Juristen, welche die Tradition nicht kannten, erforderte Pönalcaution dieser Tradition in der Wirkung gleichgesetzt worden, und daß ferner diese Ansicht als die von Justinian gebilligte anzusehen sey, weil diese

Pönalcaution noch in unsern Quellen erwähnt wird: diese Annahmen scheinen nicht nur unbewiesen, sondern ebenfalls unmöglich zu sein, deshalb weil die Stellen, welche jene Pönalcaution erwähnen, noch unverändert in der Justinianeischen Sammlung so lauten:

> Vacuae possessionis traditio nulla est, itaque cavere debes — und — cavendum putat Labeo, quoniam nulla ejusmodi juris vacua traditio sit 29).

Wer also in diesen Stellen die eigene Ansicht Justinians ausgesprochen findet, dem bleibt nichts übrig, als noch heutzutage mit Labeo, Pomponius und Gajus die Hinzufügung der Pönalstipulation für nothwendig zu erklären, und mit jenen Juristen die Möglichkeit der Tradition der Servituten gegen Javolen und Ulpian abzuleugnen. Stellen aber wie jene schlichen sich ein in die Pandecten und nicht minder in die Institutionen, nicht etwa als "eigene durchdachte Ansichten Justinians", sondern nur, weil man bey der überschnellen Compilirung den Umstand, daß ihr Inhalt längst Antiquität war, übersah, oder, wenn man lieber will, weil man sie absichtlich als historische Denkmähler aufnahm. Ich erinnere als Beispiel, wie wenig unerhört es ist, wenn wir grade

29) Nach Zimmern l. c. S. 329. 30. entstand freilich nach Gajus Ansicht aus der Pönalcaution keine dingliche Klage, wohl aber nach der Ansicht des Labeo und Pomponius, indem diese die Pönalcaution der Tradition in diesen Stellen gleichgestellt haben sollen — sie, die doch gradezu in diesen Stellen erklären: es gibt keine Tradition der Servituten, sie sollen dieser nach ihrer Ansicht gar nicht existirenden Tradition die Pönalcaution gleichgesetzt haben.

in den Institutionen längst veraltete Rechtssätze antreffen, nur an §. 3. J. de codicillis, wo geschrieben stehet: Codicilli nullam sollennitatem ordinationis desiderant, und an §. 39. J. de action. in welcher Stelle aus Gajus (IV. §. 61.) bey der Compensation das Erforderniß der Connexität der Forderungen stehen geblieben ist. Gleiche Bewandniß scheint es ferner mit §. 37. J. de action. zu haben, welche Stelle die Retention der Dos wegen der necessariae impensae als geltendes Recht vorträgt. Denn in l. un. §. 13. C. de rei uxor. act. hat Justinian unleugbar jede Retention aufgehoben. Er sagt: Taceat in ea retentionum verbositas — nec ab impensas in res dotales factas retentio nobis satis videtur esse idonea, und nachdem er ausdrücklich auch bey den necessariae impensae gezeigt, daß eine Retention unnütz sey, schließt er: ut sit omnium retentionum expeditus tractatus, et ex stipulatu actio secundum sui naturam nullam accipiat retentionem 30).

Wohl ist es Pflicht des Interpreten, anscheinend im Widerspruch stehende Stellen nach Justinians Vorschrift subtili animo auszugleichen; aber auch hierfür ist ihm eine Grenze durch den Zustand unserer Quellen gezogen. Denn ein Wunder ja wäre es zu nennen, wenn selbst nur in den Digesten, welche aus den Schriften einer so bedeutenden Anzahl Juristen und zwar Juristen aus ganz verschiedenen Zeitaltern, in deren Laufe natürlich die herrschenden Rechtsansichten oftmals sich ändern mußten, in übergroßer Eile zusammengetragen wurden, nicht Spuren

30) vid. Donelli Comment. juris civil. XIV. 8. Lauterbach Dissert. T. III. Diss. 123. §. 24.

dieses veränderten Rechtszustandes, nicht verschiedene Ansichten über ein und dasselbe Institut sich vorfänden. Man wage jetzt nur einen ähnlichen Versuch, sammle gleich Justinians Compilatoren über jede Materie Excerpte aus den Werken der bey uns am meisten benutzten Schriftsteller auch nur der neueren Zeit, ordne diese unter einzelne im Voraus bestimmte Rubriken, und wer wird es für denkbar halten, hier jede Verschiedenheit der Meinungen zu verwischen, wenn man nicht die ganze Sammlung durchaus umarbeiten, und den Character jeder Zeit und jedes einzelnen Schriftstellers in den aus ihm genommenen Excerpten ganz verlöschen und unkenntlich machen will, was doch wahrlich in den Pandecten nicht geschehen ist? Wo nun aber in unseren Quellen Spuren solcher verschiedener Ansichten, aus der so natürlichen Meinungsverschiedenheit einzelner Juristen oder dem im Laufe der Zeit veränderten Zustande eines ganzen Rechtsinstituts hervorgegangen, uns vor Augen liegen, da ist es Sache der Interpretation, nicht, durch scharfsinnige aber willkührliche Annahmen Harmonie zu schaffen, sondern den Widerspruch offen bekennend aus Gründen darzuthun, welche Stelle das zu Justinians Zeit geltende Recht ausspricht.

Vierte Abhandlung.

Grundzüge der Lehre des Römischen Rechts von der Collation.

Kaum wüßte ich im Gebiete des Römischen Rechts eine Lehre zu nennen, welche mir noch heutiges Tages eine neue, aus den Quellen geschöpfte Bearbeitung so sehr zu verdienen scheint, als die Lehre von der Collation der Descendenten. Eine vollständige, alles Detail umfassende Erörterung derselben sollte freilich in diesem Aufsatze keineswegs geliefert werden. Es ging vielmehr meine Absicht nur auf eine Darstellung der Hauptprinzipien dieser Lehre, vornämlich zu dem Zwecke, um dadurch eine Beantwortung der Frage, was in jedem einzelnen Falle als Object der Collation nach Justinianeischem Rechte zu betrachten ist, möglichst sicher begründen zu können.

Für diese Untersuchung glaube ich folgende Sätze als allgemein anerkannt voraussetzen zu dürfen:

1. Von der Collation kann nur da die Rede sein, wo ein Erbe gezwungen ist, ihm eigenthümlich zustehende Rechte oder Sachen in die Erbschaft einzuwerfen, sey es zum Besten aller oder auch nur einiger Miterben. Daher kann keine Stelle, welche von Schenkungen des Vaters an seinen filiusfamilias redet, auf die Collation bezogen werden, indem hier, wo jede Schenkung von Anfang an unwirksam ist, und das Eigenthum auf den Sohn nicht übergehet, nur davon die Rede sein kann, ob die geschenkte Sache als Theil des väterlichen Vermögens — denn dieß bleibt sie bis zum Tode des Vaters — unter alle Erben gleichmäßig zu vertheilen ist, oder ob sie dem Beschenkten aus der Erbschaft im Voraus zufällt.

2. Die Verpflichtung zur Collation versteht sich niemals von selbst. Jeder Erbe hat entweder durch Gesetz oder letztwillige Verordnung Anspruch auf eine bestimmte Quote des Vermögens des Erblassers. Soll nun ein Erbe das Recht haben, nicht nur diese, sondern außerdem auch einen Theil des eigenen Vermögens des Miterben in Anspruch zu nehmen, so wird für jeden einzelnen Fall, da er dieses exorbitante Recht anspricht, eine besondere gesetzliche Bestimmung zu dessen Begründung verlangt werden müssen.

3. Aus demselben Grunde aber ist eine ausdehnende Erklärung hier ganz zu verwerfen. Von einem der Collation unterworfenen Objecte auf andere ähnliche Sachen schließen, z. B. den Satz, daß der Werth einer verkäuflichen militia zu conferiren auf jede verkäufliche Sache, oder auch auf Gelder, welche zur Bewürkung einer Anstellung geschenkt sind, anwenden, heißt nichts Anderes, als durch neue Legislation neue Objecte der Collation einführen.

4. Keine Stelle, welche von Forderungen des Erblassers gegen den Erben spricht, und den Grundsatz enthält, daß der Schuldner von seinen Miterben pro portione hereditaria belangt werden könne, ist auf die Collation zu beziehen. Denn diese Forderung ist Theil des Vermögens des Erblassers, eine Collation also juristisch undenkbar. Und da die Confusion der Forderungen nur pro parte hereditaria eintritt, so verstehet sich von selbst, daß der Schuldner seinen Miterben pro parte verhaftet bleibt. Auch ist dieß gar nicht an die Erfordernisse der Collation gebunden. Jeder Miterbe, er mag übrigens berechtigt sein, die Collation zu fordern oder nicht, hat einen Anspruch auf einen Theil solcher Forderung. Und wird der Schuldner nicht Erbe, so muß er das Ganze bezahlen, während die Collation nur dem obliegt, der Erbe wird. So anerkannt im Allgemeinen dieser Grundsatz ist, so trägt man dennoch kein Bedenken, noch jetzt Stellen, welche von Forderungen der Eltern ge-

gen die Kinder reden, auf die Collation zu beziehen, vor allen die l. 50. D. Famil. herciscund l. 17. C. de postliminio reversis. Die erste Stelle enthält den Grundsatz, daß, wenn ein Vater dem emancipirten Sohne Geld zum Studiren gibt, nicht für den animus credendi präsumirt werde, der Vater also so wenig wie die Miterben dermaleinst das Geld als mutuum vom Sohne wiederfordern könne. Die zweite sagt: Wer Jemanden aus der Gefangenschaft loskauft, ist Gläubiger des Kaufpreises; allein bey einer Mutter wird angenommen, sie habe es donandi animo gethan, also keine Forderung gegen ihren Sohn erworben. Beide Stellen sprechen also von Forderungen des Erblassers gegen den Erben, und sind daher von der Lehre von der Collation, welche damit in gar keiner Verbindung steht, ganz auszuscheiden.

Der Weg nun, welchen ich mir für die vorliegende Untersuchung vorgezeichnet, ist mit Hintansetzung aller sogenannten allgemeinen Prinzipien, welche, bevor ihre eigene rechtliche Existenz dargethan ist, doch nie im Stande sind, einen Rechtssatz zu beweisen, eine Exegese der neuesten Constitutionen des Justinianeischen Rechtes über die Collation zu liefern. Zu diesem Behufe ist es aber unerläßlich, den Gang, welchen die Ausbildung dieses Institutes im Römischen Rechte genommen, bis auf diesen Zeitpunct zu verfolgen, wobey freilich keineswegs eine ins Detail gehende Vollständigkeit, sondern vielmehr

nur Darlegung der ältern Grundprinzipien dieser Lehre mein Zweck sein konnte.

Der Anfang der Verfügungen über die Collation d. h. solcher Verfügungen, welche gewissen Miterben, außer ihrem Rechte auf eine bestimmte Portion vom Vermögen des Erblassers auch noch einen Anspruch auf einen Theil des eigenen Vermögens des Miterben geben, finden sich im Edicte des Prätors, und zwar in zwey ganz verschiedenen Beziehungen. Genau zu trennen sind die dotis collatio der sua, und die Collation der Emancipirten. Von letzterer ist zuerst die Rede. —

Jedem, welcher ohne suus heres zu sein vom Prätor neben den sui heredes im ordo liberorum zur Succession berufen wurde, war im Edicte zugleich, freilich nicht als conditio 1) der Ertheilung der bonorum possessio, wohl aber als nothwendige Folge der Ertheilung derselben, die Collation seines ganzen Vermögens zum Besten der sui auferlegt. Und dabey war es gleich, ob die bonorum possessio contra tabulas oder ab intestato war. Nicht nur der Emancipirte also war dazu verpflichtet, sondern auch beim Tode eines Emancipirten der in der großväterlichen Gewalt zurückgebliebene Sohn desselben 2), imgleichen der in Adoption Gegebene, sobald er selbst im Testamente eingesetzt war, und nun commisso per alium edicto eine bonorum possessio contra tabulas nachsuchte 3). Auf die sui bezog sich dagegen diese

1) l. 3. pr. D. de collat. poss. contra tab. l. 1. §. 14.
2) l. 5. pr. D. eod. l. 6. pr. D. de collat. l. 2.
3) l. 8. §. 11. D. de bon. D. de dotis collat.

Vorschrift des Edictes nicht, und zwar schon deshalb, weil zur Zeit der Einführung dieser Collation der suus nichts im Vermögen haben konnte, dessen Collation ihm möglich gewesen wäre. Der Grund dieser Collation war die zwischen den sui und emancipati in Betreff ihrer Erwerbungsfähigkeit Statt findende rechtliche Ungleichheit. Der filiusfamilias erwarb Alles seinem Vater. Er galt daher auch schon gewisser Maaßen als Mitberechtigter am Familien-Vermögen, in welches sein ganzer Erwerb floß, so daß beim Tode des Vaters eigentlich gar nicht von einer Erbfolge, sondern vielmehr von einer continuatio dominii die Rede war, indem die Kinder jetzt nur die freie, unabhängige Ausübung schon früher gehabter, aber bey Lebzeiten des Vaters in dessen Person der Ausübung nach, Kraft des imperii domestici, vereinigter Rechte erhielten 4). Dieß Vermögen, und folglich Alles, was die sui selbst auf irgend eine

4) l. 11. D. de liberis et post. In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere ut nulla videatur hereditas esse, quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Aus dieser Quelle floß ganz natürlich der Grundsatz, ein Testament sey nichtig, in welchem ein suus weder instituirt noch exheredirt ist. Denn waren auch Fremde zu Erben ernannt, so konnte doch beim Daseyn der sui von einer Erbschaft gar keine Rede sein, weil dann diese durch den Tod des Vaters nur freie Ausübung schon früher existirender Rechte erhielten, wenn diese ihnen nicht ausdrücklich vom Vater entzogen waren; diese Exheredations-Befugniß aber war Folge der unumschränkten väterlichen Gewalt. Wenigstens ist dieß die Ansicht des Paulus, wenn er l. cit. fortfährt: hac ex causa, licet non sunt heredes instituti (d. h. wenn nicht sie, sondern Dritte eingesetzt sind) domini sunt; nec obstat quod licet eos exheredare, quoniam et occidere licet.

Art erworben, mußten sie nun mit denen theilen, welche der Prätor als liberi zur bonorum possessio zuließ, und deren Erwerb von Zeit der Aufhebung der väterlichen Gewalt nicht mehr in das Familien-Vermögen floß. Diese juristische Ungleichheit aufzuheben, war Zweck der prätorischen Collation, wonach die Emancipirten, welche auf das väterliche Vermögen, also auch auf den ganzen Erwerb der sui Anspruch machten, diesen ebenfalls ihren eigenen seit der Emancipation bis zum Tode des Vaters gemachten Erwerb zu conferiren gezwungen wurden. Ob dadurch im einzelnen concreten Falle eine factische Gleichheit bewirkt wurde, war gleichgültig und ohne Einfluß auf die juristische Beurtheilung. Hatte der suus auch nie etwas erworben, war des Emancipirten Vermögen auch noch so bedeutend, er war, sobald er die väterliche Erbschaft in Anspruch genommen, zur Collation verpflichtet. Jene Collation erforderte die aequitas — ich brauche das Wort im Sinne der Römischen Juristen — zur Ausgleichung der unter den sui und emancipati Statt findenden juristischen Erwerbungsverschiedenheit. Eine daraus im einzelnen Falle vielleicht hervorgehende Ungleichheit nach Grundsätzen einer Billigkeit in unserm Sinne zu berücksichtigen, war dem Geiste des Römischen Rechtes durchaus fremd. Bestimmungen zur Ausgleichung solcher dabey vielleicht zufällig vorkommenden factischen Ungleichheiten würde schon der Satz, dem das Römische Recht einen großen Theil seiner Festigkeit verdankte, welcher überhaupt den Römischen Juristen überall eine so hohe Consequenz in der Durchführung fester Prinzipien möglich machte: Generaliter jura

constituuntur, im Wege gestanden haben. Und daher konnten die Römer, beruhete gleich die Collation auf Grundsätzen der aequitas, dennoch sehr wohl sagen:

"Nec indignari eos oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit bonorum possessionem omittere" 5).

Da aber diese Ansicht, daß auf jener juristischen Erwerbungsverschiedenheit diese ganze Collation beruhet habe, nicht selten Widerspruch gefunden, so ist sie hier genauer zu begründen, indem diese Frage für die ganze folgende Untersuchung von der höchsten Wichtigkeit ist.

Der Umstand, daß den Emancipirten kein civiles Erbrecht, sondern nur eine bonorum possessio ertheilt wurde, kann nicht Grund der Collation gewesen sein: denn es war Absicht des Prätors, die Emancipirten den suis gleichzustellen. Der Grund weshalb ihnen nur eine bonor. poss. ertheilt wurde, lag darin, daß der Prätor und nicht das Civilrecht sie den suis gleichsetzte. Und wer möchte behaupten, daß wenn durch eine lex den Emancipirten ein Erbrecht neben den suis ertheilt wäre, diese Collation nicht ebenso würde eingeführt sein? Sie hätte nothwendig auch dann eingeführt werden müssen grade wegen jener Erwerbungsverschiedenheit, indem sonst die Emancipirten den suis nicht gleichgestellt, sondern vorgesetzt wären. Der stärkste Grund für diese Ansicht liegt aber darin, daß jede einzelne Bestimmung in der Lehre von der Collation reine Folge jener Erwerbungsver-

5) l. 2. § 6. D. de collat.

schiedenheit ist, und die Juristen ihre Entscheidungen grade auf diesen Umstand überall gründen:

1. Da vom Erwerbe der Hauskinder nur vertheilt werden konnte, was noch zur Zeit des Todes des Vaters vorhanden war, so brauchte auch der Emancipirte nur von seinem Erwerbe zu conferiren, was noch davon in diesem Augenblicke in seinem Vermögen war, ohne daß eine culpa von seiner Seite irgend berücksichtigt wurde 6).

2. Da von diesem Augenblicke an die sui für sich erwarben, so brauchte auch der Emancipirte nicht zu conferiren, was erst nach dem Tode des Vaters in sein Vermögen gekommen war 7).

3. Aus diesem Grunde allein fand unter den Emancipirten selbst keine Collation Statt.

4. Seitdem der filiusfamilias das castrense peculium für sich erwarb, dieses beim Tode des Vaters nicht unter die Miterben vertheilt wurde, brauchte auch der Emancipirte dasjenige nicht einzuwerfen, was er unter gleichen Bedingungen erworben hatte, was, wäre er filiusfamilias geblieben, peculium castrense geworden sein würde:

L. 54. D. ad SCtum Trebell. — cum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quaereretur, praecipuum autem quod in castris fuerat acquisitum, militi relinqui placeret, consultus imperator, sumtus quos miles fecerat, non ex eo tantummodo patrimonio,

6) Nur sein dolus wurde bestraft l. 1. §. 23. D. eod.

7) l. 6. 15. C. eod.

quod munus collationis pati debuit, sed pro rata etiam castrensis pecuniae cedere oportere constituit 8).

Und diese Regel stützten die Juristen grade darauf:

— "emancipatus haec non cogitur conferre fratri in potestate manenti, quia etsi in potestate maneret, praecipua ea haberet" 9).

5. Aus demselben Grunde wird ferner die Entscheidung hergeleitet, daß der Emancipirte die ihm bestellte dos nicht zu conferiren brauche:

quare sicut is qui in potestate est, dotem uxoris praecipit, ita emancipatus quoque quasi praecipiat retinere debet 10).

6. Auf diesen Grundsatz endlich ist auch die Entscheidung des Paulus in l. 2. §. 7. D. de collat. gebauet, wo er sagt:

Si duo nepotes ex filio mortuo emancipati b. p. avi petant, utrum dimidias an quartas patruo conferre debeant quaeritur, et verius est, semisses conferre eos oportere: quia, etsi vivo avo, cum in ejus potestate essent, ducenta puta acquisiissent, centum filius centum duo fratres per hereditatem haberent.

8) l. 1. §. 15. D. de collat. l. 4. pr. D. de castr. pecul. Paulus: Sent. Rec. V. 9. §. 4. Fragm. de jure fisci §. 10. In allen diesen Stellen wird aber, was nicht übersehen werden darf, dieser Theil des Vermögens des Emancipirten peculium castrense genannt.

9) l. 52. §. 8. D. pro socio.

10) l. 3. §. 4. D. de collat.

Hiergegen kann auch gar nicht angeführt werden, daß diese Collation im ältern Rechte stets an die bonorum possessio geknüpft war. Denn sie mußte nothwendig an diese gebunden sein, weil der Emancipatus nur durch diese zur väterlichen Erbschaft gelangen konnte, es sey denn, daß der Vater durch letztwillige Verfügung ihn selbst dazu berufen hatte. War aber dieß geschehen, so konnte nach Grundsätzen des Römischen Rechtes an keine Möglichkeit der Collation gedacht werden, weil dann die ganze Successsion von der reinen Willkühr des Testirers abhing, diese allein zur Richtschnur bey der Vertheilung der Erbschaft diente, und es dem Geiste des ältern Rechtes zuwider war, einer daraus vielleicht entstehenden factischen Ungleichheit entgegenzuwirken, welche ja doch wieder durch jede Disposition des Testirers herbeygeführt werden konnte.

Aus diesem Zwecke der Collation, den durch jene Erwerbungsverschiedenheit für die sui entstehenden Nachtheil von diesen abzuwenden, schlossen aber die Römischen Juristen sehr natürlich, daß, sobald die Concurrenz des Emancipirten dem suus keinen Nachtheil brachte, oder gar ihm wohl sehr vortheilhaft war, auch die Collation nicht Statt haben könne. Dieß konnte aber sehr leicht dann eintreten, wenn der suus mit Fremden zu Erben eingesetzt war, und nun ein präterirter Emancipirter die bonor. poss. contra tabulas nachsuchte, und durch diese die Fremden von der Erbschaft verdrängte:

"quamvis edicti verbis collatio inducatur, ex

mente Praetoris denegandam eam respondetur" 11).

Daraus folgte ferner ebenso nothwendig, daß von mehreren sui grade nur dem conferirt wurde, dessen Erbportion durch die Concurrenz des Emancipirten vorzugsweise geschmälert wurde. Deshalb conferirte ein emancipirter Enkel nur seinem in des Großvaters Gewalt zurückgebliebenen Bruder, nicht seinen Oheimen, weil, erbte er nicht, der Bruder allein seine Portion erhalten haben würde, dieser also allein durch seine Concurrenz Nachtheil litt 12). Ebenso conferirte aus dem nämlichen Grunde der emancipirte Sohn, welcher nach der nova clausula Juliani mit seinen in der großväterlichen Gewalt zurückgebliebenen Kindern eine Stammportion theilen mußte, nur diesen allein 13).

Dieser Collation war das ganze Vermögen des Emancipirten unterworfen 14), so daß jede Ausnahme von dieser Regel einer besondern Begründung bedarf. Zu diesen Ausnahmen gehören außer dem schon erwähnten peculium castrense des Emancipirten 15) und der ihm bestellten dos theils noch die actio injuriarum, weil die Anstellung derselben als eine Art Rache an dem Beleidiger angesehen wird, zu deren Vollstreckung doch Niemand wohl gezwungen wer-

11) l. 20. §. 1. D. de bon. poss. ctra tab. l. 1. §. 5. D. de collat.

12) l. 1. §. 18. D. de conjung. cum emano. liberis ejus.

13) l. 1. §. 13. D. eod. l. 5. pr. D. Si tabul. testam. nullae exstab.

14) l. 1. pr. l. 3. §. 3. D. de collat.

15) vid. nota 8.

den kann 16), und endlich dasjenige, was der Vater selbst hergegeben hatte, damit der Emancipirte die mit einem öffentlichen Amte verbundenen Ausgaben bestreiten könne: und selbst das zu diesem Zwecke nur erst Versprochene war ein onus, welches alle Erben gleichmäßig traf 17). Doch setzte diese ganze Ausnahme voraus, daß das vom Vater zu diesem Zwecke Hergegebene noch im Vermögen des Emancipirten wirklich vorhanden war; sonst fiel schon deshalb die Collation desselben weg, weil der Emancipirte stets nur bona sua conferirte.

Das Resultat wäre also folgendes: Der Emancipirte mußte, sobald er anders als durch eine letztwillige Disposition des Vaters zu dessen Successsion gelangte, alles das, was er, wäre er filiusfamilias geblieben, dem Vater erworben haben würde, den suis welche er und insoweit er sie durch seine Concurrenz beschränkte, conferiren 18).

So finden wir dieses Institut bis auf die Zeiten fortbestehend, da das Recht des Vaters auf den Erwerb des filiusfamilias so bedeutend verändert wurde, welche Veränderung auch nothwendig eine

16) l. 2. §. 4. D. eod. "magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem". — War jedoch die Klage bereits angestellt, so war kein Grund, das dadurch Erlangte der Collation zu entziehen.

17) l. 1. §. 16. D. eod.

18) Sehr richtig definirt Strpk (Success. ab int. Diss. XI. cap. I §. 11.) diese Collation: rei propriae patri non facta emancipatione acquirendae in hereditatem illatio, ut inter suos et emancipatos dividatur.

Modification oder Umgestaltung der darauf beruhenden Collationspflicht des Emancipirten mit sich führen mußte. In wie weit dieß aber geschehen, davon wird bald unten die Rede sein, nachdem wir erst ein zweites Institut, die dotis collatio, betrachtet haben werden.

Diese Collation war ebenfalls durch das Edict der sua auferlegt, nach den Worten desselben freilich nur in dem Falle, wenn sie eine bonorum possessio nachgesucht hatte, welche Beschränkung jede schon von Antoninus Pius verworfen wurde 19), und zwar wohl aus dem Grunde, weil grade zu dieser Zeit sich der Grundsatz bildete, daß auch der suus, welcher nicht um die bonorum possessio nachgesucht hatte, dennoch die Collation vom Emancipirten verlangen konnte. Es hätte sonst die sua auf das vom Emancipirten zu Conferirende Anspruch machen, sich selbst aber dennoch der Collation der Dos entziehen dürfen 20). — Es konnte von dieser Collation aber natürlich nicht die Rede sein, wenn der Vater oder sonstige Besteller der Dos sich den Rückfall derselben stipulirt hatte, weil dann die Dos gar nicht zum Vermögen der Tochter gerechnet werden konnte, diese Forderung vielmehr wie jede andere Obligatio auf alle Erben des Bestellers überging 21). War dieß nicht geschehen, sondern trat bey Aufhebung der Ehe

19) l. 1. pr. D. de dotis collat.

20) cf. Heidelberger Jahrbücher der Literatur für Jurisprudenz. 1810. S. 95.

21) l. 1. §. 1. D. de dotis collat. "Si vero alii quaesita est stipulatio, dicendum est, cessare collationem" — l. un. §. 14. C. de rei uxor. act.

die rei uxoriae actio ein, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Der Vater emancipirt die Tochter; dann fordert sie freilich die Dos selbst zurück, die Collation derselben wird aber nach den über die Collation der Emancipirten geltenden Bestimmungen beurtheilt 22).

2. Sie erbt als sua. Entweder bestehet hier die Ehe noch beim Tode des Vaters, oder nicht. Im ersten Fall hat die Tochter allein das Rückforderungsrecht der Dos, welche grade deshalb als proprium patrimonium derselben angesehen wird, und eben deswegen den Miterben von der Tochter zu conferiren ist 23). Im letzten kommt es darauf an, ob die Dos bereits gehörig dem Vater zurückgezahlt ist, oder nicht. Hatte der Vater sie mit Einwilligung der Tochter bereits in Empfang genommen, so war sie wieder Theil seines Vermögens geworden, weshalb von einer Collation nicht mehr die Rede sein kann, indem die Dos schon, ohne daß die Collation zu diesem Zwecke erforderlich wäre, als Theil des väterlichen Nachlasses unter die Erben vertheilt wird 24).

22) l. 2. D. de dotis coll.

23) l. 6. C. de collat. l. un. §. 11. 12. C. de rei ux. act.

24) Es ist eine allerdings beliebte Meinung, daß in diesem Falle der Tochter bey der Beerbung des Vaters die Dos im Voraus zufalle. — Thibaut System des Pand. R. §. 460., Schweppe Röm. Privatrecht §. 684. In den dafür citirten Stellen kann ich jedoch nichts finden, das für diese Ansicht spräche. Und einen Gegenbeweis scheint der Umstand zu liefern, daß die Tochter in allen Fällen, wo

War dagegen die Dos dem Vater noch gar nicht, oder doch nicht unter den gehörigen Erfordernissen zurückgezahlt, so stand jetzt nach des Vaters Tode der Tochter die Rückforderung der für sie bestellten Dos ausschließlich zu; und selbst wenn der Vater schon den gewesenen Ehemann belangt hatte, selbst wenn ihm dieser schon condemnirt war, wurde dennoch der Tochter allein die actio judicati gegeben, so daß auch in diesem Falle die Dos als patrimonium filiae gilt, und demzufolge der Collation unterworfen ist 25). Deshalb aber stellen die Römischen Juristen als Regel den Satz auf: dos in filiae non in patris bonis est 26), wiewohl sie in einer ganz andern Bezie-

ihr die Dos als ausschließliches Eigenthum zufällt, zur Collation derselben verpflichtet ist, und diese Collation grade den Zweck hat zu verhindern, daß der Tochter durch den Umstand, daß für sie eine Dos bestellt wurde, etwas aus dem väterlichen Vermögen im Voraus zufallen könne. Freilich spricht Justinian in l. un. §. 11. C. de rei uxor. act. davon, daß der Tochter die für sie bestellte Dos als praecipuum zufallen könne. Allein in welcher Beziehung? Er spricht von dem Falle, da die Ehe noch fortbestehet beim Tode des Vaters, der Tochter also allein die Rückforderung zustehet, und fügt gleich hinzu (§. 12), daß demzufolge natürlich diese Dos conferirt werden müsse. Das directe Gegentheil folgt aber aus l. 12. C. Communia utriusque judicii, von welcher Stelle unten ein Mehreres zu sagen sein wird. —

25) l. 13. §. 2. D. Soluto matr. Si voluntate filiae procurator a patre datus litem de dote contestatus fuerit, et re secundum eum judicata pater decesserit, judicati actionem filiae potius quam heredibus patris dari oportebit. — l. un. §. 14. C. de rei uxor. act.

26) l. 4. D. de collat. Filium emancipatum dotem quam filiae suae nomine dedit, conferre non debebit, quia non sicut in matrisfamilias bonis esse dos intelligitur, ita et in patris a quo sit profecta. — l. 71. D. de evict. Und ganz mit diesem Sprachgebrauch übereinstimmend sagt Justinian in l. un. §. 11. C. de rei uxor. Si parens-ipse decesserit, in rei uxoriae dotem omni-

hung, falls nämlich die Ehe bey Lebzeiten des Vaters getrennt wird, sagen: et filiae et patris dos est, weil hier noch erst vom Augenblicke der Rückzahlung abhängt, in wessen Vermögen sie fallen wird, und Einer ohne den Andern die Dos nicht einfordern kann [27]), ohne aber, wenn diese einmal dem Vater zurückgezahlt und wieder mit dessen Vermögen vereinigt worden, der Tochter noch die mindesten Rechte daran beizulegen, und vor Novelle 97 war selbst bey Bestellung einer zweiten Dos die Willkühr des Vaters nicht mehr beschränkt, wie bey der Bestellung der ersten.

Ebenso mußte auch bey der adventitia dos die Collation davon abhängen, ob der Tochter selbst bey Aufhebung der Ehe das Rückforderungsrecht zustand, und die Dos in ihr Vermögen oder das des Vaters fiel. Ein Hauptunterschied war aber hier, daß diese Dos bloß den suis, die profectitia dagegen auch den emancipatis conferirt wurde [28]). —

Bestand die Ehe noch fort zur Zeit, wo die Collation geschehen mußte, so wurde die ganze Dos conferirt, und da natürlich dadurch der Frau nicht die actio de dote schon jetzt zustehen konnte, so erhielt sie aus der Erbschaft so viel weniger, wie sie hätte conferiren müssen [29]). War die Ehe schon auf-

modo ad mulierem pertinere, und hiervon gibt er dann (§. 12.) die Collation als natürliche Folge an.

27) l. 2. pr. D. Soluto matrim. — Donelli Comment. jur. civ. XIV. 6. "Dicitur dos communis quae communis est non dominii sed petendi et exigendi jure".

28) l. 4. C. de collat.

29) l. 5. C. eod.

gehoben, so brauchte sie nur zu conferiren, quantum maritus facere potuit 30).

Gleichwie aber ein nicht succedirender Emancipirter von der Collation frey ist, so auch die sua, wenn sie sich des beneficii abstinendi bedient 31).

Selbst aber wenn der Vater die Dos nur versprochen, aber noch nicht ausgezahlt hatte, tritt die Collation ein, weil eine versprochene Dos schon bestellt ist 32), so daß selbst, wenn die Tochter des beneficii abstinendi sich bedient, eine dos promissa von den Erben des Vaters als Schuld der Masse ausgezahlt werden muß:

> — non compelli abstinentem se ab hereditate patris; ergo non tantum data remanebit apud maritum, sed et promissa exigetur etiam a fratribus, et est aeris alieni loco, abscessit enim a bonis patris 33).

Die Collation einer bloß versprochenen Dos wurde dadurch bewirkt, daß die Frau ihre Miterben von dem auf sie haftenden Theile der Obligation durch

30) l. 1. §. 6. D. de dotis collat. Bekannt ist Justinians Aenderung in Nov. 97. cap. 6.

31) l. 9. D. eod. — Und in dieser Beziehung kann der Satz, daß auch, wenn die Ehe schon getrennt, die dos aber noch nicht zurückgezahlt ist, der Tochter die rei uxoriae oder die judicati actio gegeben wurde, allerdings für sie von großer Wichtigkeit sein — indem es dann in ihrer Macht stand, ob sie erben, oder mit dieser Klage zufrieden, abstiniren wollte — l. 4. D. de dotis collat.

32) l. 1. §. 1. 7. 8. D. de dotis collat. l. 2. 17. C. de collat. — Hasse Güterrecht der Röm. Ehegatten. Bd. I. §. 78 und flgnde.

33) l. 9. D. de dotis collat.

Expromission liberirte, und so selbst die ganze Obligation übernahm 34).

Wiederum galt aber auch hier der Grundsatz, daß die Collation nur zum Besten grade des Miterben geschah, dessen Erbportion durch die Concurrenz der sua allein beschränkt wurde, so daß, wenn Jemand einen Sohn und von einem vorverstorbenen Sohn einen Enkel und eine Enkelin hinterließ, der Sohn an dem Conferendum gar keinen Antheil hatte, weil seine Erbportion durch die Enkelin gar nicht geschmälert wurde, deren Antheil vielmehr, im Fall sie nicht erbte, auf den Enkel gefallen sein würde 35).

Diese beiden Institute waren also freilich verschieden rücksichtlich der Personen, denen sie oblag, und zu deren Besten sie geschah, indem an der dos profectitia auch die Emancipirten participirten. Sie waren aber darin gleich, daß sie nur Statt fanden bey einer Intestat-Succession, oder wenn eine contra tabb. bon. poss. nachgesucht war, und nur zum Besten der Personen geschahen, deren Portion durch den Conferirenden beschränkt wurde. Ebenso hatten beide einen Zweck, eine juristische Gleichheit unter den Kindern herzustellen, indem die Emancipirten Alles den suis conferirten, was, wenn es den suis zugefallen sein würde, Theil des väterlichen Vermögens geworden wäre, als solches dermaleinst unter alle Erben vertheilt sein würde: die sua hingegen das, was sie der väterlichen Gewalt ungeachtet in bonis haben konnte. Beide traten ferner nur bey der Beerbung

34) l. 1. §. 8. D. de dotis collat. 35) l. 1, §. 2. 3. 4. eod.

deſſen, dem die väterliche Gewalt zugeſtanden, weil bey andern Aſcendenten die juriſtiſche Verſchiedenheit der Kinder in Betreff der Erwerbungsfähigkeit nicht Statt fand.

Danach wenden wir uns zu den Conſtitutionen des Juſtinianeiſchen Codex, durch welche dieſe ganze Lehre von Grund aus aufgehoben, und mit einem ganz neuen Prinzipe vertauſcht ſein ſoll. Den Anfang macht hier l. 17. C. de collat. von Leo, die vollſtändig alſo lautet:

Ut liberis tam masculini quam foeminini sexus sive sui juris, sive in potestate constitutis quocunque jure intestatae successionis i. e. aut testamento penitus non condito, aut si factum fuerit, contra tabulas b. p. petita, vel inofficiosi querela mota rescisso, aequa lance pariqué modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia paternus vel maternus dederit vel promiserit 36) pro filio vel filia, nepote vel nepte, pronepote vel pronepte, nulla discretione intercedente, utrum in ipsas sponsas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponsos earum, ut per eos eadem in sponsas donatio celebretur,

36) Ausdrücklich alſo iſt die anerkannt. Collation der dos prämissa

ut in dividendis rebus ab intestato defuncti parentis, cujus de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia ejus profecta conferatur. Emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum ea quae in ipsa emancipatione a parentibus suis, ut adsolet fieri, consequuntur, vel post emancipationem ab eisdem parentibus acquisierint, collaturis.

Leo verordnet hier, seinen erklärten Zweck, d. h. eine größre Gleichheit unter den Kindern, zu erreichen, folgendes Neue:

1. Die Collation der Dos soll auch jeder Tochter, Enkelin ꝛc. obliegen, welche nie in der Gewalt des verstorbenen Ascendenten, von dem sie diese Dos empfangen, gewesen war.

2. Der Collation soll auch unterworfen sein die ante nuptias donatio: und zwar soll, gleich wie bey der Dos, bey der Beerbung eines jeden Ascendenten die grade aus dem Vermögen desselben herausgegangene conferirt werden.

Es bedarf aber einer genauen Untersuchung, was unter dieser ante nuptias donatio zu verstehen sey, indem man sie bey uns nicht selten durch "väterliche Beihülfe" übersetzt hat. Die entscheidenden Worte unserer Stelle sind:

ut tam dos quam ante nuptias donatio conferatur — nulla differentia intercedente, utrum in ipsas sponsas, pro liberis suis memorati parentes donationem contu-

lerint, an in ipsos sponsos earum, ut per eos eadem in sponsas donatio celebretur.

Eine ante nuptias donatio war ursprünglich eine der Braut vom künftigen Ehemann vor der Hochzeit gemachte Schenkung 37). War diese nun nicht vom Bräutigam selbst gemacht, sondern Namens seiner von einem Ascendenten desselben, so soll er dermaleinst bey der Beerbung dieses Ascendenten zur Collation derselben verpflichtet sein, und zwar ohne Unterschied, ob der Ascendent diese Schenkung selbst auf die Braut übertrug, oder sich des Bräutigams als Mittelsperson bediente, um diese Sache ins Vermögen der Braut zu übertragen.

Da also in allen Fällen zum Begriff dieser ante nuptias donatio erfordert wird, daß die beschenkte Person die Braut selbst sey, so fällt eine Schenkung des Vaters oder der Mutter, dem Sohne bey Eingehung einer Ehe gegeben, damit er selbst sie behalte, nicht unter den Begriff der ante nuptias donatio, deren Collation hier verordnet ist. Ganz so aber wird diese ante nuptias donatio in allen Constitutionen aus dieser Zeit betrachtet. So sagt derselbe Leo in L. 9. C. de pactis conventis tam super dote:

sive pater pro filio sive quilibet alius pro eo ante nuptias donationem dederit seu promiserit.

37) Die Braut gehörte stets zu den exceptis legi Cinciae personis. Mai Fragm. Vat. §. 502. Daher l. 5. C. de donat. ante nupt.

Und ebenso stellt Justinian in den im Codex vorhandenen Constitutionen die Sache dar 38).

So wie es also zum Begriffe der Dos gehört, daß sie für die Tochter dem Ehemann übertragen werde, und nicht dasjenige Dos ist, was vielleicht ein Ascendent der Braut, damit sie es selbst behalte, bey Eingehung der Ehe schenkt, so auch gehört zum Begriffe dieser ante nuptias donatio, daß sie aus dem Vermögen des Ascendenten des Bräutigams in das der Braut überging, und wie das Versprechen der Dos dem Ehemanne geschehen mußte, so mußte das Versprechen der ante nuptias donatio an die Braut selbst, nicht aber an den künftigen Ehemann gerichtet sein.

Wäre die ante nuptias donatio aber noch in diesem Zeitraume, wie früher als wahre Schenkung behandelt worden, so möchte es schwer sein zu sagen, wie Leo verordnen konnte, daß eine Schenkung vom künftigen Schwiegervater an die Braut seines Sohnes vom Letztern zu conferiren sey. Man könnte versucht sein, diese Auflage aus mehreren Stellen zu erklären, worin einer ante nuptias donatio zu dem Zwecke gedacht wird, damit die Braut das Geschenkte dem Ehemann als Dos bestellte 39). Doch gehörten diese Fälle sicher zu den seltneren. Im Gegentheil findet sich bekanntlich im spätern Rechte eine ante nuptias dona-

38) l. 19. C. de collat. — l. 18. C. de donat. ante nupt. l. 20. pr. eod. — l. 31. §. 1. C. de jure dotium.

39) l. 4. 14. C. de donat. ante nupt. l. 6. C. de secundis nupt. (Theodos. et Valent.) "licet res ante nuptias donatae, ut adsolet fieri, in dotem a muliere redigantur".

tio stets neben der Dos erwähnt, und zwar so, daß sie stets nach Analogie der Dos behandelt wird. Daß wie die Dos dem Ehemanne, so auch die ante nuptias der Braut versprochen und ausgezahlt wurde, ist schon erwähnt, und für die Zeit dieser Constitutionen wohl nicht zu bezweifeln. Aber nicht nur die Constituirung der ante nuptias donatio, sondern auch der Rückfall derselben bey Aufhebung der Ehe wurde ganz nach den bey der Dos geltenden Regeln beurtheilt. So ist in unsern Quellen der Grundsatz ausgesprochen, daß, gleich wie die Wittwe, sie mag zu einer zweiten Ehe schreiten oder nicht, die für die erste Ehe bestellte Dos den Kindern aus dieser ersten Ehe nicht aufzubewahren braucht, ebenso der Vater die ante nuptias donatio, welche er selbst oder ein Dritter seiner ersten Frau als Braut übertragen, für diese Kinder aufzubewahren nicht gehalten sey[40]): welches voraussetzt, daß diese ante nuptias donatio, mußte sie gleich der Frau ausgezahlt werden, in der Regel auf den Ehemann, gleich wie die Dos auf die Frau, bey Aufhebung der Ehe zurückfiel. Ferner verordnet Leo an einer Stelle, wo er ausdrücklich zur Constituirung der ante nuptias donatio erfordert, daß diese ins Vermögen der Braut selbst übertragen worden, es solle die Braut auf keine Weise durch Stipulation eine größere Quote der ihr bestellten ante nuptias donatio auf den Todesfall des Mannes sich ausbedingen dürfen, als der Ehemann sich von der Dos, auf den Fall daß sie früher sterbe, sich ausbedingt, und selbst dann nicht, wenn diese ante nuptias donatio nicht

40) l. 18. C. de donat. ante nupt.

vom Ehemann selbst, sondern von einem Dritten der Braut bestellt sey — sive quilibet alius pro eo ante nuptias donationem nupturae dederit vel promiserit 41).

Es war also nothwendig ein besonderer Vertrag erforderlich, damit die Frau bey Aufhebung der Ehe von der ihr bestellten ante nuptias donatio das Mindeste lucriren könne: die ihr übertragene ante nuptias donatio mußte also nothwendig an den Mann zurückfallen.

Ebenso ist in l. 2. C. de bonis quae liberis der Grundsatz ausgesprochen, daß — gleich wie die profectitia dos bey Aufhebung der Ehe an den Vater zurückfiel — so auch die vom parens des Ehemanns der Braut bestellte, ante nuptias donatio beim Tode desselben an den Vater zurückfalle.

Und endlich verordnet in l. ult. §. 1. C. de jure dotium Justinian, daß die von einem extraneus der Frau bestellte ante nuptias donatio, (si quis extraneorum ante nupt. donationem nupturae mulieri dederit), falls der Besteller den Rückfall sich nicht ausdrücklich vorbehalten, bey Aufhebung der Ehe durch den Tod der Frau an den Ehemann fallen sollte, gleich wie beim Tode des Ehemannes die Frau die Rückforderung der adventitia dos hatte.

Aus diesen Stellen scheint wenigstens zu folgen, daß so wie dem Ehemann eine Dos, also auch damals im Griechischen Reiche nach allgemeiner Sitte der Braut vor Eingehung der Ehe eine ante nuptias

41) l. 9. C. de pactis conventis.

donatio vom künftigen Ehemann oder von nahen Verwandten desselben bestellt und der Braut selbst übertragen zu werden pflegte, der Rückfall derselben aber so wie ihre Bestellung ganz nach den bey der Dos geltenden Bestimmungen behandelt wurde, so daß Justinian wohl sagen konnte:

> si igitur et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio [42]).

Hiernach erscheint die Verordnung Leo's, welche dem Sohn die Collation dieser ante nuptias donatio auferlegt, als eine sehr natürliche Anwendung der dotis collatio auf ein durchaus analoges Institut [43]), und dadurch ist der von Leo ausgesprochene Zweck, dadurch eine größere Gleichheit unter den Kindern hervorzubringen, wenigstens in dieser Beziehung gerechtfertiget.

Eine ganz andere Frage ist es aber, ob sich ebenso der andere Theil dieses Gesetzes rechtfertigen lasse, nämlich die Bestimmung, daß diese Collation der Dos und ante nuptias donatio nicht bloß bey der Beerbung dessen, dem die väterliche Gewalt über die Erben zustand, sondern überhaupt bey der Beerbung eines jeden Ascendenten Statt finden solle. Gar nicht zu leugnen ist, daß Leo durch diese Verfügung weit über das Prinzip der Römischen dotis collatio hinausging. Die Nothwendigkeit derselben beruhete auf

42) l. 28. pr. C. de donat. ante nupt.

43) Deshalb konnte auch Zeno in l. 29. C. de inoff. testam. sagen: quoniam novella constitutio D. Leonis ante nuptias donationem a filio conferri ad similitudinem dotis praecepit. —

dem Satze, daß, wiewohl die Kinder sonst gar kein eigenes Vermögen haben konnten, am wenigsten aber ein Recht an demjenigen erwarben, was der Vater aus seinem eigenen Vermögen auf sie übertrug, daß dennoch eine für die filiafamilius, sey es vom Vater oder von einem Dritten, bestellte Dos oftmals ins ausschließliche Vermögen der Tochter übergehen konnte. Diese juristische Verschiedenheit unter den Kindern sollte aufgehoben werden: diese unschädlich zu machen war im Edicte der filiafamilias die Collation der Dos, sobald diese ihr ausschließliches Eigenthum wurde, auferlegt. Dieser Gesichtspunct der juristischen Gleichheit fehlt aber gänzlich bey Descendenten, welche nie in der väterlichen Gewalt des zu beerbenden Ascendenten standen. Aber auch aus dem Gesichtspuncte einer factischen Gleichheit, welche demnach Zweck des Gesetzgebers gewesen sein muß, läßt sich diese Bestimmung gar nicht rechtfertigen; diese auf factische Gleichheit gerichtete Verordnung führte vielmehr zu den größten Härten und Ungleichheiten. Denn es mußte nach dieser Verordnung eine Tochter die von ihrer Mutter für sie bestellte Dos conferiren, während ihre Geschwister, zu deren Besten grade diese Collation geschah, jede andere von der Mutter empfangene Zuwendung, mochte sie noch so bedeutend sein, und den Betrag jener Dos bey Weitem übersteigen, für sich ausschließend behielten. Deshalb war Justinians neuere Verordnung, wodurch er auch andere Zuwendungen unter bestimmten Voraussetzungen der Collation unterwarf, nothwendig, um diesem Mißverhältnisse wieder einiger Maaßen abzuhelfen. Ihm blieb hier nichts übrig, als ent-

weder die Collation bey der Beerbung von Ascendenten, welche niemals die väterliche Gewalt über die Erben gehabt, wieder aufzuheben, oder sie auch auf andere Objecte auszudehnen. Er wählte den letzten Ausweg. Mehr aber wie das schon Erwähnte hat jene Verordnung von Leo am ältern Rechte keineswegs geändert.

Nur jene zwey Bestimmungen setzte er fest, unter der Voraussetzung, daß er dadurch eine größre Gleichheit unter den Descendenten hervorbringen würde. Als Zweck der Verfügung selbst wird diese größere Gleichheit ausdrücklich angegeben. Nicht aber ist hier eine absolute Gleichheit der Descendenten gesetzlich sanctionirt, und noch weniger ist in dieser Constitution der Grundsatz enthalten, daß die Collation nicht mehr wie früher auf genau bestimmten gesetzlichen Vorschriften beruhen, sondern allein von der praesumta voluntas defuncti abhängig sein solle: und noch weit weniger endlich läßt sich aus dieser Stelle der Schluß ziehen, daß von allen Descendenten im Zweifel alles von dem zu beerbenden Ascendenten Empfangene zu conferiren sey. Sie spricht vielmehr höchst deutlich das Gegentheil aus.

Die Schlußworte dieser Stelle: Emancipatis videlicet etc. übergehe ich hier, um erst die Schicksale der dotis collatio weiter zu verfolgen, und bemerke nur, daß sie, wie schon jene Worte selbst zeigen, eine Erwähnung der Collation der Emancipirten als directen Gegensatz der dotis collatio enthalten. Und daß damals und noch später die Collation der Emancipirten von der der übrigen Descen-

denten verschieden war, daß also keineswegs die Collation bey allen Descendenten nach denselben Grundsätzen beurtheilt wurde, beweiset die folgende l. 18. C. de collat., in welcher Anastasius verordnet, daß die Collation der per rescriptum principis aus der väterlichen Gewalt Entlassenen, nach den bey der Collation der auf die alte Art Emancipirten geltenden Grundsätzen beurtheilt werden solle.

Den Beschluß in der Lehre der dotis collatio macht für das Recht des Codex die l. 20. C. de collat. von Justinian vom Jahre 529. Der Anfang der Stelle lautet so:

> Illud sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum plana sanctione revelamus: ut omnia quae in quartam portionem ab intestato successionis computantur his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur, etiam si intestatus is decesserit, ad cujus hereditatem veniunt, omnimodo coheredibus suis conferant.

Justinian stellt also den allgemeinen Satz auf, es solle der Collation Alles unterworfen sein, was den Descendenten in den Pflichttheil einzurechnen ist. Dahin gehört nun bekannter Maaßen die für die Tochter bestellte Dos, die für den Sohn auf dessen Braut übertragene ante nuptias donatio, und der Werth einer verkäuflichen militia. Und grade nur diese Objecte führt Justinian selbst als der Collation unterworfen auf in einer Verordnung vom Jahre 530 44). —

44) l. ult. C. Communia utriusq. judic. Diese Stelle

Alle diese Gegenstände sollen, so weit der Descendent dadurch zur Todeszeit des Erblassers bereichert ist, also natürlich die Dos und ante nuptias donatio nur, falls sie bey Aufhebung der Ehe möglicher Weise an ihn zurückfallen, conferirt werden. Dieses sagen die folgenden Worte:

> Quod tam in aliis quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is qui militiam meruit, locum habebit, ut lucrum quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat non solum testamento condito quartae parti ab intestato successionis imputetur, sed etiam ab intestato conferatur 45).

ist für die Lehre von der Collation viel zu wenig benutzt worden. — l. 29. 30 §. 2. C. de inoff. testam. — Daß aber durch unsere Stelle die Collationspflicht nicht auf Ascendenten und Geschwister ausgedehnt sey, zeigt Thibaut im Archiv für die civil. Praxis Bd. V. S. 330. Doch ist die gegentheilige Ansicht für so ganz neu nicht zu halten. Sie findet sich z. B. bey Bachov in Treutleri Disput. V. II. Disp. th. XVII. lit. B. Beiläufig bemerkt, ist dem Bachov in neuerer Zeit öfter die Ehre wiederfahren, daß solche Ansichten desselben, welche seine Zeitgenossen verwarfen oder nicht einmal beachteten, neuerdings vielen Beifall gefunden haben. So findet sich bey demselben l. c. Vol. II. Disp. III. th. VII. lit. D. eine ausführliche Deduction gegen die Regel: Dies interpellat pro homine, welche außer den von ihm citirten Schriftstellern auch Petr. Grangianus (Paradoxa jur. civ. cap. I. in Otto Thes. Vol. V. p. 617) und Ferretus (libellus de mora §. 21. 22.) verwarfen.

45) Schon aus diesem Grunde allein sind die Enkel, welche nicht Erben ihrer Mutter geworden, auch nicht schuldig, die von dem zu beerbenden Ascendenten für diese bestellte Dos zu conferiren. Das Gegentheil folgt weder aus l. 19. C. de collat. — denn diese Verordnung enthält nur eine Ausdehnung der l. 9. C. Theod. de legit. hered., deren Schlußworte zeigen, daß der Gesetzgeber nur den Fall vor Augen

Jenen Worten: quod tam in aliis, quam in his quae occasione militiae ist von Pfizer eine schreckliche Gewalt angethan worden, indem er hierauf, und zwar hierauf ganz allein die Theorie gründet, daß alles den Descendenten Zugewandte — was er jedoch, gezwungen durch den Schluß der Verordnung, auf das aus einer besondern Veranlassung und zu einem bestimmten Zwecke Gegebene wieder einschränkt — der Collation unterworfen sey, indem er alia durch "jede andere Zuwendung" übersetzt 46);

hatte, in welchem die Enkel diese Dos selbst in Händen haben — und noch weit weniger aus Nov. 118, weil diese über die Collation durchaus nichts verfügt, sondern nur die Grundzüge der Intestaterbfolge aufstellt. Und aus dem Satze, daß die Enkel keinen größern Erbtheil aus dem Vermögen des Erblassers haben sollen, wie ihr parens praedefunctus würde erhalten haben, folgt noch bey Weitem nicht, daß sie auch gehalten sind, ebenso viel wie dieser aus ihrem eigenen Vermögen den Miterben zu conferiren. Denn die Größe der Intestaterbportion und die Objecte der Collation sind verschiedene Dinge: jene ist ein Theil des Vermögens des Erblassers, diese kommen aus dem eigenen Vermögen des Erben. Von jeher aber galt der Grundsatz im Römischen Rechte, daß Enkel in Concurrenz mit andern Descendenten nicht mehr aus der Erbschaft erhalten, wie ihr parens praedefunctus bekommen haben würde. Dennoch hat nie ein Römischer Jurist jenen Schluß gewagt, daß deshalb auch die Enkel conferiren müßten, was ihr Vater würde haben einwerfen müssen. Sie sagen uns vielmehr das Gegentheil. — l. 2. pr. D. de collat. — Aeltere Juristen gründen jenen Satz einzig darauf, daß der Enkel den Großvater nicht proprio jure, sondern nur ex jure praedefuncti parentis zu beerben im Stande sey, und deshalb die Facta desselben prästiren müsse (Struben Rechtl. Bed. Th. IV. Nro. 83. und die daselbst und von Stryk Succ. ab int. Diss. XI. cap. II. §. 15. citirten Schriftsteller). Wer aber diese Annahme verwirft, muß auch wohl die daraus abgeleitete Folgerung verwerfen.

46) Pfizer's Collation der Descendenten §. 106. S. 258 folg. — Auf ähnliche Weise versteht jene "alia" Petersen Diss. de collatione bonorum juxta leges Romanas et Danicas (Havniae 1825) §. 49. Er beschränkt sie aber abweichend von Pfizer dahin, daß die

während doch der ganze Zusammenhang der Stelle uns zwingt, diese als Gegensatz der militia genannten "alia" von den andern in den Pflichttheil einzurechnenden Sachen, also von der Dos und ante nupt. donatio, zu verstehen, wie auch die Glosse schon richtig interpretirt.

Diese Regel, daß alles in den Pflichttheil Einzurechnende auch zu conferiren sey, soll aber keineswegs umgekehrt gelten:

> Haec autem regula, ut omnia quae portioni quartae imputantur etiam ab intestato conferantur, minime e contrario tenebit, ut possit quis dicere etiam illa quae conferuntur in quartam partem omnimodo his computari, qui ad inofficiosi querelam vocantur. Ea enim tantummodo ex his quae conferuntur memoratae computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret expressum est.

Dieser Zusatz kann gar nicht für unnütz gehalten werden, weil man sich schon früher daran gewöhnt hatte, von einem dieser Institute auf das andere zu schließen [47]), und Justinian noch in dieser

Schenkung theils einen pecuniären Vortheil bringen muß, theils aber auch entweder wie die Dos und a. n. donatio ex necessitate juris, oder doch wenigstens wie die militia ex necessitate morali geschenkt sein muß. Dabey fehlt dann aber die genauere Grenzlinie zwischen Zuwendungen ex necessitate morali und andern Schenkungen.

47) l. 29. C. de inoff. testam. Hier sagt Zeno: Quoniam novella constitutio D. Leonis ante nuptias donationem a filio conferri ad similitudinem dotis quae a filia confertur praecepit, etiam ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus imputari.

Conſtitution die Collationspflicht ausdehnen wollte. Dieſe Erweiterung iſt im §. 1. enthalten:

Ad haec cum ante nuptias donatio vel dos a patre data vel matre vel aliis parentibus pro filio vel filia nepote vel nepte ceterisque descendentibus conferatur, si unus vel una liberorum ante nuptias tantummodo donationem vel dotem, non etiam simplicem donationem accepit, alter vero vel altera neque dotem neque donationem ante nuptias suscepit vel susceperit, sed simplicem tantummodo donationem, ne ex eo injustum quid oriatur, si ea quidem persona, quae ante nuptias donationem vel dotem suscepit conferre eam cogenda sit, ea autem quae simplicem tantummodo donationem meruit ad collationem ejus minime coarctanda, si quid hujusmodi acciderit, jubemus ad similitudinem ejus qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur, etiam illam personam quae nulla dote vel ante nuptias donatione data solam simplicem donationem a parentibus suis accepit, conferre eam, nec recusare collationem ex eo quod simplex donatio non aliter confertur, nisi hujusmodi legem donator tempore donationis sive indulgentiae imposuerit.

Obwohl es ſich ſonſt von ſelbſt verſtehe, ſagt Juſtinian, daß eine Schenkung, die nicht dos oder ante nuptias donatio oder militia iſt, auch nicht conferirt werde, es ſey denn, daß die Zuwendung ſelbſt unter dieſer ausdrücklichen Auflage gemacht worden, ſo ſoll dennoch im Fall ein Deſcen-

dent, der sonst keine Schenkungen von dem Erblasser empfangen, eine dos oder ante nupt. donatio zu conferiren hat, derjenige, welcher bloß eine Schenkung anderer Art empfing, auch diese zu conferiren gehalten sein. Der Grund dieser Ausdehnung der Collation war, wie schon oben bemerkt ist, und Justinian selbst sagt, damit nicht aus der übereilten Verordnung Leos, welcher, die Gleichheit unter den Descendenten zu befördern, die Collation der dos und a. n. donatio bey der Beerbung aller Ascendenten verordnet hatte, eine zu große Ungleichheit und Unbilligkeit entstehen möge: (ne ex eo injustum quid oriatur).

Auf diesen Ausspruch Justinians, daß eine simplex donatio in der Regel nicht zu conferiren sey, gründen viele Juristen durch ein argumentum a contrario die Behauptung, daß jede Zuwendung der Ascendenten zu conferiren sey, sobald sie einen bestimmten Zweck, eine besondre Veranlassung habe, (ob causam data), weil dieß ja keine simplex donatio sey. Ob aber auch Justinian diesen Begriff mit der simplex donatio verband — und dieß ist ja bey der Interpretation einer Constitution ein nie außer Augen zu setzender Hauptumstand — läßt sich sehr wohl bezweifeln. Denn Justinian setzt der Zuwendung einer dos und ante nuptias donatio jede andere Liberalität unter dem allgemeinen Namen simplex donatio entgegen:

> "si unus ante nuptias donationem vel dotem, non etiam simplicem donationem accepit", —

so daß wir demnach auch nicht berechtigt sind, von diesem Begriffe irgend eine Liberalität, welche nicht

dos oder ante nuptias donatio ist, loszureißen. Daß dieses aber Justinians gewöhnliche Terminologie war, zeigt deutlich die l. 20. pr. C. de donat. ante nupt.

— Quare enim dotem constante matrimonio mulieri marito donare conceditur, donationem autem marito nisi ante nuptias facere non permittatur? Sicut enim dos propter nuptias fit, ita et in donationibus, quas mariti faciunt vel pro his alii, debet esse aperta licentia et constante matrimonio talem donationem facere, quia quasi antipherna haec possunt intelligi nec simplex donatio. Ideo enim et antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes connumerant.

und §. 1. ibid.

Sancimus itaque omnes licentiam habere sive prius quam matrimonium contraxerint sive postea donationes mulieribus dare propter dotis donationem, ut non simplices intelligantur, sed propter dotem et propter nuptias factae.

Justinian subsumirt sowohl die dos als ante nuptias donatio unter den allgemeinen Begriff von donatio, trennt aber beide von allen übrigen Schenkungen als besonders geeigenschaftete Arten derselben, und setzt ihnen jede andere Liberalität unter dem generellen Namen der simplex donatio entgegen. Daraus folgt aber von selbst, daß in unserer l. 20. cit. unter den der dos und ante nuptias donatio entgegengesetzten simplices donationes ebenfalls jede Libe-

ralität, welche nicht dos und ante nuptias donatio ist, zu verstehen ist, mag sie übrigens einen besondern Zweck, eine specielle Veranlassung haben oder nicht 48).

Und diese Terminologie Justinians läßt sich allerdings rechtfertigen: sie ist in Beziehung auf die Collation äußerst natürlich. Denn jedes Geschäft, wodurch Ascendenten aus ihrem eigenen Vermögen etwas in das der Descendenten übertragen, ohne dazu gezwungen werden zu können, und ohne eine Gegenleistung zu verabreden, ist Schenkung. Denn dem Begriffe der Schenkung geschieht nicht der mindeste Eintrag, wenn auch der Schenker durch besondere Gründe geleitet wurde, und ebenso wenig wird der Character der reinen Schenkung dadurch irgend geändert, daß der Schenker einen absonderlichen Endzweck durch seine Zuwendung zu erreichen beabsichtigt, sobald diese Zweckbestimmung den bloßen Vortheil des Beschenkten vor Augen hat, diesen zu keiner Gegenleistung verpflichtet, und dem Schenker im Fall jener vorgesetzte Zweck nicht erfolgt, keine Klage auf Rückforderung gibt:

> Cum quis acceperit ut in suo aedificet, condici ei id non potest, quia magis donari ei videtur 49).

48) Andere verbanden aber mit diesen zu conferirenden "data ob causam" noch ganz andere Begriffe. So sagt Sichard: Prael. in Cod. ad auth. Ex testam. C. de collat. "Dicitur donatio ob causam, quando quis cogitur lege aliqua ad donandum" — allerdings ein merkwürdiger Begriff der donatio!

49) l. 13. §. 2. D. de donat. inter vir. et uxor. l. 2. §. 7. l. 3. D. de donat.

Daher ist aber auch eine wahre Schenkung an die Frau vorhanden, wenn ein Dritter für diese eine Dos bestellt, ohne sich den Rückfall zu stipuliren 50), selbst wenn es von Seiten des Vaters der Frau geschiehet. Denn dann ist die Dos nach Ansicht des Römischen Rechtes in bonis mulieris. Und ist gleich der Vater gehalten eine Dos zu bestellen, so kann er doch den Rückfall derselben sich vorbehalten. Thut er dieß aber nicht, und überträgt er grade dadurch, daß er der Tochter nach seinem Tode auf diese Weise die actio rei uxoriae zuwendet, die Dos ins Vermögen der Tochter 51), so liegt grade hierin der Act der Liberalität.

War nun aber in diesem letzten Falle, wo freilich erst mit dem Tode des Vaters, weil erst von diesem Augenblicke es entschieden ist, daß der Tochter allein das Rückforderungsrecht zustehet, die donatio unbedingt wird, die Dos von jeher, in den übrigen

50) Fragm. Vat. §. 305. 306. und l. 33. D. de jure dotium: Recte itaque Sabinus disposuit ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse, quod debitor, id viri esse, quod alius scilicet donaturus, ejus periculo ait, cui acquiritur, acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit. Wiewohl aber das Versprechen an den Ehemann gerichtet sein mußte, so war dennoch in diesem Augenblicke die Schenkung an die Frau perfect. l. 43. §. 1. l. 59. §. 2. eod. — und Fragm. Vat. §. 269. Ulpianus: Constat quod utendum filiae datum est, non esse donatum; sed etsi donatum esset, aeque donatio non valeret in filiam collata quae in patris erat potestate. Plane si in dotem mater filiae dedisset, valet quod factum est: potest animo donare filiae, cum res mariti fiant, quamvis quandoque filia vel sola, si juris sui fuerit, vel voluntate filiae pater habeat rei uxoriae actionem.

51) l. 3. §. 5. D. de minor.

Fällen aber, da Ascendenten eine Dos bestellten, ohne sich den Rückfall auszubedingen, seit Leo diese der Collation unterworfen, und ebenso die von Ascendenten des Ehemannes der Schwiegertochter bestellte ante nuptias donatio (von deren Character dasselbe gilt): so konnten sehr wohl diese von allen Schenkungen der Collation allein unterworfene Arten in der Lehre von der Collation als besonders durch gesetzliche Vorschrift qualificirte Schenkungen ausgeschieden, und ihnen die übrigen als simplices donationes entgegengestellt werden. Ganz so wie Ulpian in l. 16. D. de jure dotium von einer dos aestimata, sagt: non simplex venditio est sed dotis causa, so konnte auch Justinian von der dos und ante nupt. donatio sagen: non simplex donatio est, sed dotis causa. Eine ganz andere Frage ist jedoch, ob Justinian daran wohl gethan, daß er in der erwähnten l. 20. pr. C. de donat. ante nupt. auch in Beziehung auf den Ehemann die Bestellung der Dos eine donatio nennet, und ein Gleiches den alten Juristen Schuld gibt 52). Wie darüber die Römischen Juristen dachten, wie weit sie entfernt waren, darin eine Schenkung an den Ehemann zu sehen, welcher als Gegenleistung die Lasten der Ehe übernimmt, und dem die Rückgabe obliegt, sobald diese Gegenleistung aufhört, zeigt besonders l. 8. §. 13. D. Quibus modis pign. solv.:

Sed si permiserit creditor vendere, debitor vero donaverit, an exceptione illum submoveat? An

52) cf. Hasse Güterrecht der Römischen Ehegatten. Bd. I. §. 116.

facti magis sit quaestio, numquid ideo venirl voluit, ut pretio accepto ipsi quoque res expediat, quo casu non nocebit consensus. Quodsi in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii.

Ebenso sagt Julian in l. 19. D. de obl. et act.:

Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse: sed quodammodo creditor aut emtor intelligitur, qui dotem petit.

Daher floß auch der Grundsatz, daß wenn der Vater, in der Absicht seine Gläubiger zu verkürzen, eine Dos bestellte, der Ehemann, wie jeder Contrahent bey oneroſen Geschäften nur im Fall er fraudis conscius war, mit der actio Pauliana belangt werden konnte, die Tochter jedoch, sobald die Dos an sie fiel, unbedingt haftete wegen der dem Geschäfte zum Grunde liegenden Liberalität:

quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse l. 25. §. 1. D. Quae in fraudem credit. —

Fassen wir nun den Inhalt dieser Verordnungen über die dotis collatio nochmals zusammen, so ergibt sich als Resultat derselben folgendes: Die Dotis collatio, welche nach dem Edicte nur der filiafamilias bey der Beerbung des Vaters oblag, ist von Leo und Justinian dahin ausgedehnt worden, daß bey der Beerbung eines jeden, mütterlichen oder väterlichen Ascendenten von jedem Descendenten, welcher Intestaterbe wird, also auch von Emancipirten unter

einander, folgende Schenkungen conferirt werden müssen:

1. Die von diesem Ascendenten ihm zugewandte dos,
2. Die für ihn bestellte ante nuptias donatio, und zwar beide, soweit sie ihm entweder nach aufgehobener Ehe schon zugefallen sind, oder doch möglicher Weise dermaleinst zufallen können — lucrum, quod tempore mortis ad eum pervenire poterat,
3. Die verkäufliche militia nach ihrem Werthe zur Zeit des Todes des Ascendenten,
4. Im Fall ein Descendent eine dos oder ante nuptias donatio zu conferiren hat, dieser aber sonst keine andere Schenkungen von dem Ascendenten empfing, muß der miterbende Descendent, welcher keine dos oder ante nupt. donatio erhielt, auch andere Schenkungen (simplices donationes) einwerfen, aber auch diese nur, insoweit er dadurch sich bereichert befindet — (ad similitudinem ejus qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur). Zu diesen läßt sich noch
5. der Satz reihen, daß jede andere Schenkung, bey deren Zuwendung selbst die Collation vertragsmäßig festgesetzt wurde, nach Justinians Schlußworten in l. 20. cit. ebenfalls der Collation unterworfen ist. —

Es wird jetzt Zeit sein, die oben ausgesetzte Frage zu beantworten, was aus dem Grundsatze des

ältern Rechtes, wonach der Emancipirte alles dasjenige, was, wäre er filiusfamilias geblieben, dem Vater erworben sein würde, bey der Beerbung dessen, der die väterliche Gewalt über ihn gehabt, den suis conferiren mußte, im Justinianeischen Rechte geworden ist. Es scheint als könne die Antwort auf diese Frage nur so lauten: dieser Grundsatz bestehet nach wie vor im Justinianeischen Rechte. Nur mußten sich die Objecte dieser Collation nothwendig ändern, seit Constantin und Arkadius das Eigenthum der bona materna und materni generis dem Vater entzogen, vornämlich seit Justinian im Jahre 529 dem Eigenthum des Vaters Alles entzog, was einem filiusfamilias auf irgend eine andere Weise als aus dem Vermögen des Vaters selbst zufiel. Da die Collationspflicht des Emancipirten sich von jeher auf das beschränkte, was, wenn es dem suus zufiel, Theil des väterlichen Vermögens geworden wäre, so mußte sich daraus ganz von selbst das Resultat ergeben, daß jenem Grundsatze zufolge die Collation sich auf die Gegenstände beschränkte, welche dem Vermögen des Vaters durch jene Constitutionen nicht entzogen waren.

Ganz so aber betrachtet Justinian diese Sache in der l. 21. C. de collat. vom Jahre 530, also im Jahre darauf, nachdem die Erwerbungsfähigkeit der filiifamilias so bedeutend von ihm verändert war:

> Ut nemini de cetero super collatione dubietas oriatur, necessarium duximus constitutioni, quam jam favore liberorum fecimus, hoc addere, ut res quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter li-

beros subjaceant. Ut enim castrense peculium in commune conferre in hereditate dividenda et ex prisci juris auctoritate minime cogebantur, ita et alias res quae minime parentibus acquiruntur proprias liberis manere censemus.

Daß diese Constitution von der Collation der Emancipirten rede, damit stimmen die Vertheidiger der gewöhnlichen Ansicht, welche diese collatio emancipatorum als aufgehoben ansiehet, überein 53). Danach kann aber der Inhalt derselben kein anderer als der schon angegebene sein: daß nämlich, gleich wie schon früher die Emancipirten, da der filiusfamilias das peculium castrense für sich erwarb, dieses also bey der Beerbung des Vaters nicht unter die Erben vertheilt wurde, von der Collation desjenigen befreiet waren, was peculium castrense geworden wäre, wenn sie selbst unter der väterlichen Gewalt geblieben wären, daß ebenso jetzt, was nach neuerm Rechte dem Erwerbe des parens entzogen war, auch nicht mehr von den Emancipirten conferirt zu werden brauche 54). Fragen wir nun, welche Sachen kann auch jetzt noch der filiusfamilias nicht für sich erwerben, deren Collation also auch noch dieser l. ult. zufolge den Emancipirten treffen muß, so kann die Antwort nur diese sein: Erstens Alles was der Vater selbst dem filiusf. zuwendet, bleibt nach wie

53) Vinnius tract. de coll. cap. 11. §. 2. 3. Pfizer l. c. §. 41. S. 100.

54) Diesem stehet der Ausdruck, welchen Justinian für jenen Theil des Vermögens des Emancipirten braucht, nämlich castrense peculium, keineswegs entgegen. Dieses war von jeher dem Römischen Sprachgebrauche durchaus angemessen: cf. die nota 8. citirten Stellen.

vor sein Eigenthum — also muß jede Zuwendung vom Vater an den Emancipirten von diesem conferirt werden, und Zweitens der Ususfructus der Adventitien stehet gesetzlich dem Vater zu — also muß der Emancipirte den Ususfructus von Allem, was, wäre es ihm als filiusfam. zugefallen, peculium adventitium geworden sein würde, den suis conferiren. Denn Justinian schließt von dieser Collation nur dasjenige aus, was das neuere Recht vom Erwerbe des filiusfamilias dem Vermögen des Vaters entziehet, diese Objecte sind ihm nicht entzogen, also der Collation nach wie vor unterworfen.

Für die Richtigkeit dieser Interpretation der l. ult. cit. darf ich mich aber wohl noch auf die Basiliken berufen, welche diese Stelle ganz so wie hier geschehen, erklären (lib. 43. 36. T. V. pag. 516):

Τὸ νόμιμον τῆς διατάξεως τοιοῦτον ἐστιν· ἵνα μηδὲν τῶν ἀπροσπορίστων συνειςενεχθῇ, ἀλλ' ὥσπερ ποτε τὸ ἰδιόκτητον πεκούλιον μὴ προσποριζόμενον ὀυδὲ συνειςφέρετο, τὸν ἀυτὸν τρόπον καὶ νῦν πάντα τὰ ἀπροσπόριστα ὀυ συνειςφέρονται. Σήμερον τοίνυν ὀυδὲν ἕτερον συνειςφέρουσι τοῖς ἰδίοις ἀδελφοῖς ὁι παῖδες ὁι ἀυτεξούσιοι εἰ μὴ μόνον τὰ ἀπὸ πραγμάτων γονικῶν καὶ τὴν χρῆσιν· ταῦτα γὰρ ἤμελλεν εἰ ἦσαν ὑπεξούσιοι προσπορίζειν.

Nach Fabrot:

Jus constitutionis hoc est: ut nihil eorum quae acquisitionem effugiunt conferatur; sed sicut olim peculium castrense, quod filiisfamilias proprium est, non conferebatur, eodem modo nunc quo-

que res, quae minime parentibus acquiruntur, non conferantur. Hodie igitur liberi emancipati fratribus suis profectitia tantum et usumfructum adventitiorum conferunt: haec enim, si in potestate remansissent, parentibus acquisiissent.

Mit dieser Erklärung stimmt denn auch Harmenopulus (V. 8. 25.) ganz überein. Und grade so betrachtet auch Cujacius diese Stelle, und ziehet daraus denselben Schluß 55).

Außer dieser l. ult. C. von Justinian gehören hieher die Schlußworte der l. 17. C. de coll. von Leo,

55) "Ergo emancipatus hodie confert bona profectitia tantum et adventitiorum usumfructum". — Exposit. Novellar. ad Nov. 18. (T. II. p. 1068. Ed. Neap.). Fast ebenso dachten auch Bachov in Treutleri Dispp. Vol. II. Disp. XVII. th. VI. lit. A, Vinnius de collat. cap. XII. 3, und Wissenbach ad l. ult. C. de collat. Sie nehmen nämlich von den profectitia die §. 9. simplices donationes aus zufolge l. 20. §. 1. C. de coll. (ohne jedoch zu bedenken, daß diese Constitution von der dotis collatio und nicht von der Collation der Emancipirten redet) und aus andern unten zu erwägenden Gründen (Bachov l. c. th. V. lit. G. am Ende. Wissenbach Exercit. ad Pand. lib. 37. disp. 12. nro 12); sie lassen aber den usus fructus der Adventitien conferiren, wobey jedoch Bachov und Vinnius dem Richter das Recht geben, dagegen die dem suus verabreichten Alimente in Anschlag zu bringen. — Ganz anders erklären aber diese Stelle Faber Err. Pr. Dec. 41. Err. 1. §. 6. Dec. 42. err. 10., Brunner de collat. bon. cap. 2. §. 96. cap. 4. §. 573 seqq., Mascov Exerc. de collat. bonor. § 27. Opusc. jur. et philol. Vol. I. nro. 8.). Sie finden darin nämlich nur die Bestimmung, daß der suus fortan nicht mehr die bona adventitia conferiren solle, deren Collation ihm jedoch zu keiner Zeit obgelegen hatte. Diesemnach behaupten denn auch Faber und Brunner, daß der Emancipirte noch heutzutage dem suus sein ganzes Vermögen, das militare peculium ausgenommen, conferiren müsse.

welche deſſen bekannter Verordnung über die dotis collatio angehängt ſind:

> Emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum ea quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur vel post emancipationem ab eisdem parentibus acquisierint collaturis.

Die parentes der Emancipirten ſind hier, wie überall, die väterlichen Aſcendenten, welche die väterliche Gewalt über dieſelben hatten. Danach wollte Leo der Vollſtändigkeit wegen, und um jedem Mißverſtändniſſe vorzubeugen, durch dieſen Gegenſatz der Collation der Emancipirten gegen ſeine Neuerungen in der dotis collatio andeuten, daß ſeine Verordnung ſich einzig und allein auf die dotis collatio bezöge, welche bey allen Aſcendenten ohne Rückſicht auf väterliche Gewalt eintreten ſolle, und daß die Collation der Emancipirten davon nach wie vor getrennt bliebe. Möchte er dieſen Zweck doch ſtets und bey Allen erreicht haben! Denn vornämlich aus dieſer Stelle, daraus daß man überſah, daß von Emancipirten nur ſtets die Rede ſein kann in Bezug auf den, der ſie aus ſeiner Gewalt entlaſſen, daß alſo dieſe Stelle nur ſpricht von der Collation der Emancipirten zum Beſten der sui bey der Beerbung deſſen, dem die väterliche Gewalt zuſtand, welches in den Baſiliken (41. 32) noch deutlicher durch die ausdrückliche Erwähnung der sui hervorgehoben iſt — nur hieraus ſcheint urſprünglich die ſo verbreitete Theorie hervorgegangen, daß der Regel nach von jedem Deſcendenten bey der Beerbung eines jeden Aſcendenten Alles zu conferiren ſey, was er bey Leb-

zeiten des Aſcendenten von ihm empfangen habe. Dieß beweiſen mehrere Stellen der Gloſſe, vornämlich die Gloſſe zu grade dieſer Stelle, verbo: consequuntur. Sie ſagt:

> Et nota quod quaedam nova inducit haec lex: quia cum per veteres leges Dig. emancipati non conferant adinvicem — nec sui emancipatis sed solum emancipati suis, hodie par est omnium causa seu conditio. Itaque sui emancipatis et suis, et nec emancipatis nec suis, et emancipati conferunt emancipatis.

Zufolge dieſer behaupteten Gleichſtellung aller Deſcendenten mit den Emancipirten, wurde denn, was hier bloß von den Emancipirten geſagt iſt, daß ſie den suis dem beſtehenden Rechte gemäß die bona profectitia conferiren müßten, auf alle Deſcendenten angewandt, und unter profectitia alles von jedem Aſcendenten dem Deſcendenten Zugewandte verſtanden, und danach ſchon von der Gloſſe die Regel aufgeſtellt:

> Hodie autem sicut sui inter se conferunt profectitia tantum: ita Emancipati inter se profectitia conferunt (ad l. 9. C. de collat. verbo "cessat" und "venientem").

Nachdem in dieſer Bedeutung die "profectitia bona" von den ältern Schriftſtellern aufgefaßt waren, wurde aus dieſem Satze: profectitia tantum conferuntur, die Regel deducirt, daß bey der Beerbung eines jeden Aſcendenten, auch der Mutter und des mütterlichen Großvaters, alles von ihm Empfangene von jedem Deſcendenten zu conferiren ſey, und dieſe

Regel grade auf jenen Ausspruch Leo's gestützt. Und dabey bemerkte man nicht einmal, daß jene Worte Leo's gar keine Neuerung möglicher Weise enthalten können, indem ausdrücklich gesagt wird: die Emancipirten sollten "pro tenore praecedentium legum" conferiren.

Hiernach mußte man dann aber natürlich einen Widerspruch in dieser Stelle mit Justinians l. 20. §. 1. C. eod. finden, weil hienach Schenkungen nur in den speciell von Justinian angegebenen Fällen conferirt werden sollen. Diesen Widerspruch zu heben, interpretirte man denn die ganz generellen Worte der l. 17. cit., nach welchen der Emancipirte alles vom Vater Empfangene conferiren soll, dermaßen, daß man entweder mit Azo in der Summa dabey subintelligirte, "versteht sich, wenn die Collation bey der Zuwendung zur Bedingung gemacht ist", oder mit Bachov und Vinnius diese ganz allgemeine Bestimmung von ihren "ob causam data" im Gegensatz ihrer "simplices donationes" verstand 66).

Selbst solche Schriftsteller aber, welche einsahen, daß diese Worte der l. 17. cit. "Emancipatis videlicet etc." nur von der Collation der Emancipirten zum Besten der sui verstanden werden können, haben dennoch kein Bedenken getragen, aus dieser Stelle den Grundsatz herzuleiten, daß jetzt auch Emancipirte allein unter einander alles vom Vater Empfangene

66) Bachov. in Treutl. Disp. Vol. II. Disp. XVII. th. V. lit. G. Vinnius: Tr. de coll. XV. 14. — Daß Vinnius hier wie öfter den Bachov, über den er sich sonst wohl sehr hart ausläßt, höchst getreu benutzt hat, bemerkt schon Stryk Succ. ab int. Diss. XI. cap. IV. §. 13.

conferiren mußten, und zwar wegen der behaupteten Gleichstellung derselben mit den suis. So sagt Sichard:

— reliquae donationes factis filiis emancipatis sunt conferendae, quod procedit sive emancipati concurrunt cum suis — et in hoc manent jura vetera incorrecta — sive etiam soli inter se concurrunt — in quo hodie correcta sunt jura vetera, eo quod differentia emancipatorum et eorum qui sunt sub patria potestate quoad successionem et alia sit hodie sublata 57). —

Noch leichter aber macht sich Stryk die Sache, indem er l. 17. cit. freilich von der Collation der Emancipirten zum Besten der sui verstehet: dann aber auch in l. 20. §. 1. cit. ebenso die generelle Bestimmung findet, daß alle Descendenten ohne Unterschied alles von dem verstorbenen Ascendenten Empfangene conferiren sollen 58).

Noch andere Schriftsteller trugen kein Bedenken, die l. 17. in fine, welche dem Emancipatus alle Zuwendungen des parens zu conferiren anbefiehlt, aus der praesumta voluntas testatoris zu widerlegen; ja selbst scheueten sie sich nicht zu behaupten, daß die Emancipirten stets im Römischen Rechte von der Collation dessen befreiet gewesen wären, was der

57) Praelect. in Codic. ad auth. Ex testam. C. de collat. §. 18.

58) Success. ab intest. Diss. XI. cap. IV. §. 16.

Vater durch eine reine Schenkung ihnen zugewandt hatte *).

Andere Juristen endlich, welche ebenfalls die Collation der Emancipirten für aufgehoben ansehen, haben wenigstens auf jene Worte in Leos Verordnung: "Emancipatis videlicet rel. den Satz gestützt 59), daß das s. g. subsidium paternum zu conferiren sey. Eine Behauptung, welche sich aber von dem welcher die Aufhebung der Collation der Emancipirten annimmt, gar nicht aus dem Römischen Rechte begründen läßt. Denn entweder

1. diese Zuwendung geschieht von dem Vater animo credendi. Dann hat der Vater eine Forderung gegen den Emancipirten erworben, welcher dieser bezahlen muß, und zwar, wenn er Erbe wird, allen Miterben pro hereditariis portionibus, oder wenn er nicht Erbe wird, ganz bezahlen muß: in welchem Falle aber eine Collation juristische Unmöglichkeit ist, da die Forderung Theil des Vermögens des Verstorbenen ist. Oder aber

2. es geschah diese Zuwendung donandi animo: dann müssen diejenigen, welche die Collation der Emancipirten für aufgehoben ansehen, die Emancipirten also jetzt nach den über alle übrigen Descendenten geltenden Regeln beurtheilen, die Collation als Regel leugnen, indem Schenkungen, welche nicht dos, propter nuptias donatio, noch militia sind, nach l. 20. §. 1. C. de coll. in der

*) vid. nota 68.

59) Carpzov. Jurispr. for. P. III. Const. 11. D. 15. — cf. Bausch Diss. de subsidio parentum collationi obnoxio. §. 14. (Goett. 1775). —

Regel nicht conferirt werden, sondern nur in den von Justinian in der citirten Stelle ausdrücklich festgesetzten Ausnahmsfällen.

Es verdienen aber jene Worte in Leos Constitution selbst noch eine nähere Ansicht. Leo sagt: "Es verstehet sich nach den neuern Gesetzen von selbst, daß die Emancipirten den suis alles vom parens bey der Emancipation oder später Empfangene conferiren". Diese "leges praecedentes" können aber schwerlich andere sein, als die, welche den Erwerb des Vaters durch den filiusfamilias beschränkt haben. Danach aber kann diese Stelle, so wie sie jetzt lautet, unmöglich aus Leos Feder geflossen sein *). Und eine Beschränkung der Collation der Emancipirten auf diese Objecte zu einer Zeit, da fast alle Adventitien Eigenthum des Vaters wurden, ist ebenfalls undenkbar. Es ist vielmehr hier, wenn irgendwo, die ändernde Hand der Compilatoren sichtbar, welche diese Schlußworte mit dem neueren Rechte in Uebereinstimmung zu bringen suchten.

Wohl aber könnten wir vielleicht durch diese Stelle veranlaßt werden, von der Collation der Emancipirten den Ususfructus der Adventitien auszunehmen — weil dieser hier nicht erwähnt ist. Allein ich glaube mit Unrecht, denn Justinians eigene l. ult. eod. eximirt nur das von der Collation der Emancipirten, was vom Erwerbe der sui nicht mehr ins Vermögen des Vaters fällt: und dazu gehört dieser Nießbrauch keineswegs. Und ist die Bestimmung der l. 17. cit. nur dadurch entstanden, daß die Compilatoren die Worte Leos mit dem neuesten Rechte in Harmonie

*) Dieß bemerkt bereits Maran ad Dig. XXXVII. 6.

ältern Rechtes, wonach der Emancipirte alles dasjenige, was, wäre er filiusfamilias geblieben, dem Vater erworben sein würde, bey der Beerbung dessen, der die väterliche Gewalt über ihn gehabt, den suis conferiren mußte, im Justinianeischen Rechte geworden ist. Es scheint als könne die Antwort auf diese Frage nur so lauten: dieser Grundsatz bestehet nach wie vor im Justinianeischen Rechte. Nur mußten sich die Objecte dieser Collation nothwendig ändern, seit Constantin und Arkadius das Eigenthum der bona materna und materni generis dem Vater entzogen, vornämlich seit Justinian im Jahre 529 dem Eigenthum des Vaters Alles entzog, was einem filiusfamilias auf irgend eine andere Weise als aus dem Vermögen des Vaters selbst zufiel. Da die Collationspflicht des Emancipirten sich von jeher auf das beschränkte, was, wenn es dem suus zufiel, Theil des väterlichen Vermögens geworden wäre, so mußte sich daraus ganz von selbst das Resultat ergeben, daß jenem Grundsatze zufolge die Collation sich auf die Gegenstände beschränkte, welche dem Vermögen des Vaters durch jene Constitutionen nicht entzogen waren.

Ganz so aber betrachtet Justinian diese Sache in der l. 21. C. de collat. vom Jahre 530, also im Jahre darauf, nachdem die Erwerbungsfähigkeit der filiifamilias so bedeutend von ihm verändert war:

> Ut nemini de cetero super collatione dubietas oriatur, necessarium duximus constitutioni, quam jam favore liberorum fecimus, hoc addere, ut res quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter li-

beros subjaceant. Ut enim castrense peculium in commune conferre in hereditate dividenda et ex prisci juris auctoritate minime cogebantur, ita et alias res quae minime parentibus acquiruntur proprias liberis manere censemus.

Daß diese Constitution von der Collation der Emancipirten rede, damit stimmen die Vertheidiger der gewöhnlichen Ansicht, welche diese collatio emancipatorum als aufgehoben ansiehet, überein 53). Danach kann aber der Inhalt derselben kein anderer als der schon angegebene sein: daß nämlich, gleich wie schon früher die Emancipirten, da der filiusfamilias das peculium castrense für sich erwarb, dieses also bey der Beerbung des Vaters nicht unter die Erben vertheilt wurde, von der Collation desjenigen befreiet waren, was peculium castrense geworden wäre, wenn sie selbst unter der väterlichen Gewalt geblieben wären, daß ebenso jetzt, was nach neuerm Rechte dem Erwerbe des parens entzogen war, auch nicht mehr von den Emancipirten conferirt zu werden brauche 54). Fragen wir nun, welche Sachen kann auch jetzt noch der filiusfamilias nicht für sich erwerben, deren Collation also auch noch dieser l. ult. zufolge den Emancipirten treffen muß, so kann die Antwort nur diese sein: Erstens Alles was der Vater selbst dem filiusf. zuwendet, bleibt nach wie

53) Vinnius tract. de coll. cap. 11. §. 2. 3. Pfizer l. c. §. 41. S. 100.

54) Diesem stehet der Ausdruck, welchen Justinian für jenen Theil des Vermögens des Emancipirten braucht, nämlich castrense peculium, keineswegs entgegen. Dieses war von jeher dem Römischen Sprachgebrauche durchaus angemessen: cf. die nota 8. citirten Stellen.

vor sein Eigenthum — also muß jede Zuwendung vom Vater an den Emancipirten von diesem conferirt werden, und Zweitens der Ususfructus der Adventitien stehet gesetzlich dem Vater zu — also muß der Emancipirte den Ususfructus von Allem, was, wäre es ihm als filiusfam. zugefallen, peculium adventitium geworden sein würde, den suis conferiren. Denn Justinian schließt von dieser Collation nur dasjenige aus, was das neuere Recht vom Erwerbe des filiusfamilias dem Vermögen des Vaters entziehet, diese Objecte sind ihm nicht entzogen, also der Collation nach wie vor unterworfen.

Für die Richtigkeit dieser Interpretation der l. ult. cit. darf ich mich aber wohl noch auf die Basiliken berufen, welche diese Stelle ganz so wie hier geschehen, erklären (lib. 43. 36. T. V. pag. 516):

Τὸ νόμιμον τῆς διατάξεως τοιοῦτον ἐστιν· ἵνα μηδὲν τῶν ἀπροσπορίστων συνειςενεχθῇ, ἀλλ' ὥσπερ ποτε τὸ ἰδιόκτητον πεκούλιον μὴ προσποριζόμενον οὐδὲ συνειςφέρετο, τὸν αὐτὸν τρόπον καὶ νῦν πάντα τὰ ἀπροσπόριστα οὐ συνειςφέρονται. Σήμερον τοίνυν οὐδὲν ἕτερον συνειςφέρουσι τοῖς ἰδίοις ἀδελφοῖς οἱ παῖδες οἱ αὐτεξούσιοι εἰ μὴ μόνον τὰ ἀπὸ πραγμάτων γονικῶν καὶ τὴν χρῆσιν· ταῦτα γὰρ ἤμελλεν εἰ ἦσαν ὑπεξούσιοι προσπορίζειν.

Nach Fabrot:

Jus constitutionis hoc est: ut nihil eorum quae acquisitionem effugiunt conferatur; sed sicut olim peculium castrense, quod filiisfamilias proprium est, non conferebatur, eodem modo nunc quo-

que res, quae minime parentibus acquiruntur, non conferantur. Hodie igitur liberi emancipati fratribus suis profectitia tantum et usumfructum adventitiorum conferunt: haec enim, si in potestate remansissent, parentibus acquisiissent.

Mit dieser Erklärung stimmt denn auch Harmenopulus (V. 8. 25.) ganz überein. Und grade so betrachtet auch Cujacius diese Stelle, und ziehet daraus denselben Schluß 55).

Außer dieser l. ult. C. von Justinian gehören hieher die Schlußworte der l. 17. C. de coll. von Leo,

55) "Ergo emancipatus hodie confert bona profectitia tantum et adventitiorum usumfructum". — Exposit. Novellar. ad Nov. 18. (T. II. p. 1068. Ed. Neap.). Fast ebenso dachten auch Bachov in Treutleri Dispp. Vol. II. Disp. XVII. th. VI. lit. A, Vinnius de collat. cap. XII. 3, und Wissenbach ad l. ult. C. de collat. Sie nehmen nämlich von den profectitia die s. g. simplices donationes aus zufolge l. 20. §. 1. C. de coll. (ohne jedoch zu bedenken, daß diese Constitution von der dotis collatio und nicht von der Collation der Emancipirten redet) und aus andern unten zu erwägenden Gründen (Bachov l. c. th. V. lit. G. am Ende. Wissenbach Exercit. ad Pand. lib. 37. disp. 12. nro 12); sie lassen aber den usus fructus der Adventitien conferiren, wobey jedoch Bachov und Vinnius dem Richter das Recht geben, dagegen die dem suus verabreichten Alimente in Anschlag zu bringen. — Ganz anders erklären aber diese Stelle Faber Err. Pr. Dec. 41. Err. 1. §. 6. Dec. 42. err. 10., Brunner de collat. bon. cap. 2. §. 96. cap. 4. §. 573 seqq., Mascov Exerc. de collat. bonor. § 27. Opusc. jur. et philol. Vol. I. nro. 8.). Sie finden darin nämlich nur die Bestimmung, daß der suus fortan nicht mehr die bona adventitia conferiren solle, deren Collation ihm jedoch zu keiner Zeit obgelegen hatte. Diesemnach behaupten denn auch Faber und Brunner, daß der Emancipirte noch heutzutage dem suus sein ganzes Vermögen, das militare peculium ausgenommen, conferiren müsse.

ren, daß noch in den Basiliken und von Harmenopulus sie als fortbestehend angesehen wird, wenn in jener Novelle ein so nothwendiger Grund ihrer Aufhebung liegen sollte?

Ein zweiter Grund, auf welchen man sich noch für die Behauptung, daß die Collation der Emancipirten im Justinianeischen Rechte aufgehoben sey, zu berufen pflegt, ist die Gleichstellung der filiifamilias und emancipati in Beziehung auf die Erwerbsfähigkeit. Und wiewohl nun diese Gleichstellung so ganz durchgreifend keineswegs ist, indem dem Vater in der Regel an Allem, was der filiusfamilias erwirbt, der Nießbrauch zustehet, dagegen der Erwerb des Emancipirten diesem Nießbrauch nicht unterworfen ist, die Collation dieses Nießbrauches also aus diesem Grunde nicht aufgehoben sein kann: so bedarf doch die Frage, ob aus diesem Grunde nicht der Satz des Römischen Rechtes, daß der Emancipirte Alles, was er vom Vater selbst empfangen, dem suus conferiren müsse, weggefallen sey, einer besondern Untersuchung. Denn es ist Regel: Schenkungen des Vaters an den filiusfamilias, waren sie gleich bey Lebzeiten des Vaters ungültig, convalesciren doch durch den Tod des Vaters, sobald dieser ohne sie zu widerrufen verstorben ist. Wie reimt sich mit dieser Regel der noch in Leos Verordnung ausgesprochene Satz, daß der Emancipirte dem suus alles ihm vom Vater Geschenkte conferiren muß? Diese Frage scheint wohl eine besondere Untersuchung zu verdienen.

Alles was ein Vater seinem Hauskinde zuwendet, sey es als peculium oder in der Absicht, es ihm eigenthümlich zu übertragen, bleibt dennoch nach wie vor Eigenthum des Vaters. Bey der Beerbung desselben kann daher nie von einer Collation dieser Zuwendung die Rede sein, sondern nur davon, ob diese Sache als Eigenthum des Vaters unter alle Miterben zu vertheilen sey, oder ob sie vielleicht dem, welchem sie zugewandt waren, nach der Absicht des Vaters beim Tode desselben im Voraus zugetheilt werden könne. Diese Absicht kann natürlich bey der Concession eines peculii nie angenommen werden 63). Anders stehet die Sache, wenn der Vater schenken wollte, und ohne seinen Willen zu ändern verstirbt. Das ältere Römische Recht entschied aber auch hier, daß Geschenkte sey, da es Theil des väterlichen Vermögens geblieben, unter alle Erben gleichmäßig zu vertheilen, da Schenkung an einen filiusfamilias juristische Unmöglichkeit sey, und ein juristisches undenkbares Geschäft auch durch Ratihabition nicht gültig werden könne. So Papinian in den Fragm. Vat. §. 294. 296.

> Donationem, quam pater in filium, quem in familia retinuit, frustra contulit, arbiter dividundae hereditatis non sequitur, quoniam quod praecessit totum irritum est.

Und ebenso entschieden noch Severus und Antoninus ibid. §. 295.

63) Nur konnte der filiusfamilias verlangen, daß ihm so viel gelassen werde, daß er die bey der Administration des peculii contrahirten Schulden decken konnte l. 13. C. Famil. herciac.

Aus diesen Stellen folgt zugleich die Unrichtigkeit einer Ansicht, welche sich bey ältern Schriftstellern findet, wonach zu dieser Zeit schon ausgemacht gewesen sey, daß diese Schenkungen durch den Tod des Vaters gültig werden könnten, und nur darüber Streit geherrscht haben soll, ob zu ihrer Rechtsbeständigkeit eine Adjudication durch den arbiter familiae herciscundae erforderlich sey, oder ob die geschenkten Sachen gleich durch den Tod selbst ins Eigenthum des filiusfamilias übergingen, so daß dieser auch hätte der väterlichen Erbschaft entsagen, und dennoch die Schenkung behalten können 64). Im spätern Rechte dagegen fing man an diese Schenkungen an den filiusfamilias so viel möglich aufrecht zu erhalten. Zu welcher Zeit diese Aenderung vorgegangen, wage ich nicht zu bestimmen, wiewohl schon Paulus Sent. Rec. V. XI. 3. sagt, wenn anders die Stelle ursprünglich ebenso gelautet:

> Pater si filiofamilias aliquid donaverit, et in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit.

Als Schenkung unter Lebenden konnte aber dennoch dieses Geschäft nicht aufrecht erhalten werden. Es blieb daher nichts übrig, als die bis zum Tode nicht widerrufene Schenkung als in Bezug auf den Tod gemacht zu betrachten, und darin eine vorläufige Bestimmung des Vaters über die dermaleinstige Vertheilung der Erbschaft zu suchen.

l. 11. C. de donat. (Dioclet. et Maxim.)

64) De Retes de donationibus cap. X. §. 7. in Meerman Thes. Vol. VI. p. 598.

Non est incerti juris, in eum qui in sacris familiae tuae permanet, destinationem magis paternae voluntatis, quam perfectam donationem pervenisse 65).

Fragm. Vatic. §. 281. (Dioclet.).

Pater in filium quem in potestate habet conferens ipso jure donationem non facit; sed ex praeceptis statutorum recepta humanitate placuit, si in eodem judicio perseverans in fatum concesserit, liberalitatem ejus salva lege Falcidia probari. Proinde si pater, qui per epistolam res tibi dono dedit, nec revocata liberalitate, nec mutata voluntate fatalem diem intestato obiit, illibata donatio permanet. Juxta hanc formam praeses provinciae ad vicem familiae herciscundae officium sententiae suae legibus temperabit 66).

Daß hier gar keine Rücksicht auf das Erforderniß einer perfecta donatio unter exceptis personis d. h. Tradition 67) genommen, darf uns gar nicht wundern, weil man das Geschäft ja nicht als Schenkung, sondern als destinatio paternae voluntatis betrachtete, welche bey der Theilung nach Gründen der Billigkeit (recepta humanitate) vom arbiter famil. hercisc. zu befolgen sey.

65) Ganz ähnlich heißt es Fragm. cit. §. 274. — (perseverante judicio patris) ad instar mortis causa donationis hujuscemodi liberalitatem redigi oportere.

66) Ebenso Valerian und Gallien in l. 2. C. Greg. de Famil. herciso.

67) Fragm. Vat. §. 297.

Hieraus aber folgt nothwendig, daß der filiusf., welcher auf das ihm vom Vater Geschenkte Anspruch machen, dieß als Voraus haben wollte, auch Erbe desselben werden mußte, und seinen Anspruch verlor, sobald er sich des beneficii abstinendi bediente. Daraus erklärt sich die l. 2. C. de inoff. donat. von Valerian und Gallien.

> Si pater omne patrimonium suum impetu quodam liberalitatis in filium effudit, aut in potestate is permansit, et arbitri familiae herciscundae officio congruit, ut tibi quartam partem debitae ab intestato portionis praestet incolumem: aut si emancipatus fuit, quia donatio non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur, juxta constitutiones is qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae auxilium tibi aequitatis impertiet.

War der Beschenkte ein filiusf., so gehörte es also zum officio judicis, sowohl diesem das Geschenkte im Voraus zuzusprechen, wie auch, dafür zu sorgen, daß dadurch der Pflichttheil der übrigen Descendenten nicht lädirt werde. Diese bedurften, ihren Pflichttheil zu erhalten, kein anderes Rechtsmittel, da erst durch die Zusprechung bey der Erbtheilung die Schenkung des Vaters Wirksamkeit erhielt, der Beschenkte also vom beneficio abstinendi keinen Gebrauch machen durfte. Der beschenkte Emancipirte dagegen bedurfte, da die Schenkung an ihn vom Anfang an gültig war, dieser Zuerkennung vom arbiter, und deshalb auch der

bonorum possessio in diesem Falle nicht (donatio non indiget alieno adminiculo). Hier blieb deshalb dem, dessen Pflichttheil dadurch verletzt war, nichts übrig als Anstellung der inoffic. donat. querela 68).

Nach diesen Stellen scheint es also schon zur Zeit Diocletians ein anerkannter Rechtssatz gewesen zu sein, daß Schenkungen des Vaters an den filiusf., falls Ersterer seinen Willen nicht änderte, in so weit wirksam waren, daß der filiusfam. sie bey der Erbtheilung als Voraus verlangen konnte. Wenden wir uns nun zu den beiden bekannten Rescripten von Diocletian und Maximinian, welche von jeher den Scharfsinn unserer Interpreten in Anspruch genommen, und allerdings zu den schwierigsten Stellen unserer Sammlung gehören. Dieß sind die

l. 18. C. Famil. herc.

Filiae cujus nomine pater res comparavit, si non postea contrarium ejus judicium probetur, per arbitrum dividundae hereditatis praecipuas adjudicari, saepe rescriptum est,

68) Auf diese Stelle gründet Vinnius (Tract. de collat. XV. 13.) seine Ansicht, der Emancipirte sey stets im Römischen Rechte von der Collation des ihm vom Vater Geschenkten — der praesumta voluntas zufolge — frey gewesen. — Als ob der Emancipirte es in dem hier erwähnten Falle für nöthig befinden, konnte, eine bonorum possessio nachzusuchen, um sich, der schon das ganze Vermögen des Vaters in Händen hatte, zur Theilung dieses und seines ganzen übrigen Vermögens dem suus zu verpflichten. — Dasselbe beweisen ebenfalls für das Recht des Codex gegen l. 17. C. in fine Hunnius ad Treutlerum T. II. Disp. XVII. th. V. qu. 30, und Wernher. Observ. for. P. I. obs. 317. §. 22., und zwar ebenfalls aus der praesumta voluntas des Schenkenden. —

und l. 13. C. de collat.

Si donatione tibi post mortem patris fundum quaesiisti, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si is filiaefamilias constitutae tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens, eum praecipuum habere contra jura postulas.

Erstlich ist auf jeden Fall merkwürdig, daß die letzte Stelle, worin von einer Schenkung an eine filiafamilias die Rede ist, welche also gar keine Beziehung auf die Collation zu haben scheint, von den Compilatoren in den Titel de collationibus gestellt ist. Vornämlich aber zweitens, wie dieselben Kaiser über eine und dieselbe Rechtsfrage, welche zu ihrer Zeit gar keinen Zweifel unterworfen gewesen scheint, so verschieden rescribiren konnten. Mannigfach sind natürlich die Wege, welche, da doch auf keinen Fall ein directer Widerspruch anzunehmen ist, zur Vereinigung dieser Rescripte versucht worden sind.

Auf eine höchst künstliche Weise sucht Donell den Widerspruch zu heben, indem er einen Unterschied sieht zwischen dem in der ersten Stelle erwähnten "filiae nomine comparare" und dem donare in der zweiten. Im ersten Fall, wo der Vater nur als Mandatar oder negotiorum gestor seines Hauskindes handele, erwerbe er selbst nie das Eigenthum, die Sache werde ihm nur so tradirt, daß sie bey seinem Tode Eigenthum des Kindes werde. Im zweiten Falle, wo er eine Sache aus eigenem Vermögen schenkt, behalte er die-

ses nach wie vor, weshalb die Sache denn auch unter alle Erben zu vertheilen. Allein abgesehen davon, daß diese Annahme mit den Römischen Grundsätzen über die Wirkungen der väterlichen Gewalt unvereinbar scheint, ist dadurch die l. 13. cit. noch immer unerklärt, weil es schon zu Diocletians Zeit anerkannter Grundsatz war, daß dies dem filiusf. Geschenkte ihm als praecipuum zufalle, weshalb die l. 18. C. cit. gar keiner Nachhülfe bedarf. Und wer mag mit Donell behaupten, daß da, wo der Vater für den Sohn Sachen kauft, diese ihm nicht aus dem Vermögen des Vaters zufallen 69).

Ebenso wenig befriedigt die von Cujacius 70) und Giphanius 71) gegebene Erklärung. Sie verstehen die erste Stelle von der testamentarischen, die zweite von der Intestaterbfolge, und erfordern, was nirgend im ältern Rechte verlangt wird, damit der filiusfam. das Geschenkte im Voraus verlangen könne, daß die Schenkung durch letzten Willen bestätigt sey. Diese Ansicht ist von den Meisten verworfen, und muß auch verworfen werden, da ausdrücklich in einem Rescripte von Diocletian gesagt wird:

> Si pater non revocata liberalitate nec mutata voluntate intestato obiit, illibata donatio permanet. (Fragm. Vat. §. 281.).

69) Comment. jur. civ. IX. 5.

70) Observ. III. 30. und Resp. Papin. lib. XI. ad l. pen. de dotis collat. (T. IV. p. 1303. Edit. Neap.).

71) Explanat. leg. diff. Cod. ad l. 14. 25. C. de donat. inter vir. A. M. ist er jedoch ad l. 13. C. de collat.

Ebenso bleibt nach Hubers Erklärung 72), welcher die l. 18. cit. von Schenkungen an emancipirte Kinder versteht, die l. 13. de collat., in welcher grade alle Schwierigkeit liegt, immer noch unerklärt, weil schon lange vor ihnen und von ihnen selbst der Grundsatz anerkannt wurde, daß Schenkungen dieser Art aufrecht zu erhalten sein, die l. 13. cit. aber das Gegentheil ausspricht.

Nicht mehr Befriedigung kann uns eine andere Idee geben, welche schon in der Glosse und bey vielen Andern sich findet, wonach die l. 18. cit. von einer wahren Schenkung, die andere Stelle von der Ueberlassung zum peculio verstanden wird. Dadurch wäre freilich alle Schwierigkeit gehoben, wenn man nur die Worte "fundum donare" so gradezu durch Gestattung eines peculii übersetzen könnte, wenn gleich donare in peculium wohl in diesem Sinne gebraucht wird 73). Bey dieser Lage der Dinge hat es denn auch nicht an Schriftstellern gefehlt, welche diesem Widerspruche einzig und allein durch Correcturen abhelfen zu können glaubten. So schaltete Fachineus 74) in l. 13. cit. zwischen filiaefam. constitutae ein non ein, was aber schon deshalb unzulässig ist, weil bey einer Schenkung an einen Emancipirten das Eigenthum der geschenkten Sache längst auf den Emancipirten über-

72) Prael. j. civ. XXXVII. 6. §. 4.

73) Wie sehr man an der Möglichkeit einer Vereinigung dieser Stellen verzweifelt, zeigt vornämlich eine neue Interpretation der l. 13. C. cit., wonach in der Stelle: si is filiaefamilias constitutae tibi a patre donatus est, das a patre nicht mit donatus, sondern mit den vorhergehenden Worten zu verbinden, und danach zu übersetzen ist: wenn dir, da du in der väterlichen Gewalt von deinem Vater standest, ein fundus (von einem Dritten) geschenkt ist. — Petersen l. c. §. 41.

74) lib. V. Controv. 80.

gegangen war, und übergegangen sein mußte 75), sollte die Schenkung von Bestand sein, und hier also gar nicht von einem praecipuum adjudicare (wohl aber von einer Collation) die Rede sein konnte. Weit mehr hat die Conjectur von Faber 76) für sich, welcher in den Worten: nam si is filiaefamilias constitutae tibi a patre donatus est — das "a patre" wegstreichen, oder in "a matre" verwandeln will, wodurch diese Stelle in vollkommene Uebereinstimmung mit den übrigen gebracht sein würde. Ebenso leicht könnte man diesen Zweck durch Verwandlung des nam in nec erreichen. Dann würde nichts weiter unerklärlich bleiben, als wie diese Stelle in den Titel de collationibus gerathen konnte. — Andere Juristen dagegen haben sie grabezu für unerklärlich erklärt, und sich damit begnügt, der l. 18. cit. den Vorzug zu geben 77). Noch aber bin ich keineswegs überzeugt, daß eine Aenderung dieser Stelle unerläßlich ist. Meine Ansicht der Sache ist folgende:

Da es zur Zeit Diocletians eine anerkannte Rechtsregel war, daß Schenkungen an den filiusfamilias bey der Erbtheilung regelmäßig aufrecht erhalten wurden, und so auch Diocletian und Maximinian in andern Fällen rescribirten, so ist eine Vereinigung nur durch Erklärung der l. 13. cit. möglich, worin dieselben Kaiser das Gegentheil aussprechen, ohne weiter die Gründe anzugeben, nach denen sie in diesem einzelnen Falle so rescribirten. Und eine

75) Fragm. Vat. §. 263. 268.

76) Err. Pragm. Dec. 40. Err. I. §. 15.

77) Z. B. Hummius ad Treutler. Vol. II. Disp. VII. th. V. qu. 30.

solche Vereinigung erfordert, daß Gründe nachgewiesen werden, nach denen hier von der gewöhnlichen Ansicht abweichend entschieden werden konnte. Wo bey Rescripten die Gründe der Entscheidung und die die Entscheidung motivirenden Umstände des einzelnen, beurtheilten Falles fehlen, da ist es grade Sache der Interpretation, diese aus der Entscheidung selbst aufzusuchen und zu ergänzen. Umstände aber, welche in unserm Falle eine Entscheidung der Art veranlassen konnten, scheinen allerdings in dem Falle vorhanden zu sein, wenn der beschenkte suus mit Emancipirten concurrirt. Letztere mußten ihm ehedem ihr ganzes Vermögen, also auch alles vom Vater Empfangene conferiren, und auch nach dem Rechte des Codex liegt ihnen die Collation des vom Vater auf irgend eine Weise Erhaltenen noch ob. Hätte man nun hier die eigentlich ungültigen Schenkungen des Vaters an den filiusfamilias dahin aufrecht erhalten, daß man das Geschenkte ihm im Voraus beim Tode des Vaters zusprach, so wäre daraus zwischen den suis und emancipatis die juristische Ungleichheit hervorgegangen, daß Letztere, was sie durch ein völlig rechtsbeständiges Geschäft erworben hatten, dennoch mit den suis theilen mußten, während diesen, was ihnen der Vater durch ein eigentlich ungültiges Rechtsgeschäft zugewandt, welches nur recepta humanitate, wie Diocletian sagt, aufrecht erhalten wurde, ausschließlich zugefallen sein würde. Diese juristische Ungleichheit aufzuheben, blieb nichts übrig, als entweder

1) die Emancipirten von der Collation dessen freizusprechen, was ihnen der Vater inter vivos

zugewandt. Dieß ist aber selbst im neuesten Rechte nicht geschehen 78), und, wie ich glaube, aus sehr guten Gründen: indem der Vater, was er einem Emancipirten geschenkt, nicht wieder rückgängig machen kann, bey der Schenkung an einen filiusfam., dagegen es noch immer darauf ankommt, daß der Vater seinen Willen bis zum Tode nicht ändere. Es wäre hier also immer eine juristische Ungleichheit zwischen suis und emancipatis geblieben. Oder

2. man mußte den Satz, daß Schenkungen an den filiusfam. diesem bey der Erbtheilung als Voraus zufallen, nicht anwenden, sobald er mit Emancipirten concurrirt. Und dieser Grundsatz ist in der l. 13. cit. von Diocletian und Maximinian ausgesprochen, wiewohl sie sonst in andern Fällen, wo diese Concurenz nicht Statt fand, anders entschieden. Außer dieser innern Rechtsnothwendigkeit möchte für diese Ansicht noch folgendes sprechen. Theils ist dadurch die l. 13. cit. erklärt, was man bisher durchaus in Abrede stellen muß. Ebenso ist erklärt, wie sie in den Titel de collationibus kommen konnte, mit welcher Lehre sie, so betrachtet, allerdings im genauesten Zusammenhange stehet, und wie sie selbst nach Justinians Verordnung in l. 25. C. de donat. inter vir. et ux., worin er das frühere Recht unter gewissen Modificationen bestätigte 79),

78) l. 17. C. de collat. verbis: Emancipatis videlicet.

79) Er verlangt, sobald sie die Summe von 500 solidi überschreitet, Insinuation oder ausdrückliche letztwillige Bestätigung, was früher niemals

im Codex aufgenommen werden konnte. Dann aber ist die Bestimmung Justinians in l. 20. C. de collat., daß, wenn ein Descendent eine dos oder ante nupt. donatio zu conferiren hat, die andern, welche keine solche Zuwendung empfingen, auch sonstige Schenkungen einwerfen sollen, nichts als eine analoge Anwendung eines früher schon bey der Beerbung dessen, welcher die väterliche Gewalt über die Erben hatte, geltenden Grundsatzes, wonach hier Schenkungen an einen filiusfamilias diesem gegen die Regel nicht im Voraus zufielen, sondern gleichmäßig unter die Erben vertheilt wurden, sobald mit dem filiusfamilias zur Collation verpflichtete Emancipirte concurrirten. Durch diese Vereinigung unserer Stellen sind aber dann auch zugleich zwey Partheien unter den Neuern vereinigt, deren eine unbedingt dem suus das ihm Geschenkte im Voraus zusprach; die andere ebenso unbedingt ihm dieses Recht absprach, indem sie nach der gewöhnlichen Terminologie ihn zur Conferirung dieser vom Vater ihm zugewandten Geschenke für schuldig erkannte 80).

Wer aber auch diese Erklärung für unzulässig hält, und dann die Regel, daß Schenkungen des Vaters an den filiusfamilias diesem, wenn der Vater

erfordert wurde. — Da aber nach dieser Verordnung die Schenkung, sobald sie ohne letztwillige Bestätigung gültig wird, rückwärts als gültig geschehen angesehen werden soll, so muß man behaupten, daß sie dem Sohn, auch wenn er abstinirt, jetzt dennoch verbleiben muß.

80) Stryk de succ. ab int. Diss. XI. cap. 4. §. 14. 15.

nicht widerruft, beim Tode desselben im Voraus zufallen, allgemein faßt, kann aber dennoch nicht behaupten, daß aus diesem Grunde der Emancipirte nicht mehr alles vom Vater, Empfangene dem suus conferiren müsse. Denn dann galt diese Regel bey Schenkungen an den filiusfam. schon unbedingt zu Diocletians Zeit. Noch von Leo aber und für das Justinianeische Recht ist nichts desto weniger der Grundsatz aufgestellt, daß der Emancipirte alles vom Vater Empfangene dem suus conferiren müsse 81).

Das Resultat unserer Untersuchung über die Frage: Was ist nach Justinianeischem Rechte als Object der Collation zu betrachten? wäre also nach dem durch Nov. 118. nicht veränderten Rechte des Codex folgendes:

I. Die Collation der Emancipirten zum Besten der sui bey dem Tode dessen, welcher die väterliche Gewalt über sie hatte, ist dahin beschränkt, daß der Emancipirte alles vom parens Empfangene und den Ususfructus der Adventitien — beides jedoch nur, so weit er dadurch zur Zeit des Todes des parens sich noch bereichert befindet, weil dieß von jeher Grundsatz der Collation war — dem suus conferirt, wogegen dann aber dem suus das ihm vom Vater Geschenkte bey der Erbtheilung nicht im Voraus zufällt.

II. Dagegen ist die dotis collatio dahin ausgedehnt worden, daß jeder Descendent bey der

81) Dieß vornämlich gegen Disp. 17. th. 5. lit. G. Bachov ad Treutl. Vol. II.

Beerbung eines jeden Ascendenten allen miterbenden Descendenten die von dem zu beerbenden Ascendenten in sein Vermögen übertragene dos, ante nuptias donatio und den Werth einer verkäuflichen militia conferirt: eine andere Schenkung aber nur dann, wenn die Collation bey der Zuwendung selbst ausbedungen wurde, oder er keine dos u. s. w. zu conferiren hat, ein anderer Descendent aber, welcher sonst keine Schenkung von dem Ascendenten empfangen, eine dos oder ante nuptias donatio einwerfen muß.

Wer aber mit unserer Praxis annimmt, daß die Collation der Emancipirten aufgehoben sey, dem bleibt, da die Collation der propter nuptias donatio und der militia mit ihren Objecten bey uns wegfallen muß, nichts übrig, als für die heutige Anwendung aus dem Justinianeischen Rechte folgende höchst einfache Regel aufzustellen:

"Descendenten conferiren die aus dem Vermö„gen des zu beerbenden Ascendenten herausge„gangene Dos, und eine andere Schenkung nur „unter den so eben sub nro. II. angegebenen Be„dingungen".

Hiermit könnten wir unsere Untersuchung für geschlossen ansehen, wenn nicht ein Paar Worte noch über die Verfügung Justinians in Nov. 18. cap. 6. gesagt werden müßten, an welchem Orte Justinian die Collation, welche früher stets nur bey der Intestaterbfolge Statt fand, auch die testamentarische Suc-

cession ausdehnte. Vorzüglich deshalb war diese Verordnung hier nicht ganz zu übergehen, weil manche Juristen auch auf diese ihre Behauptung, daß von allen Descendenten alles vom Ascendenten Empfangene zu conferiren sey, gestützt haben, und weil auch noch der Grund, durch welchen Justinian zu dieser Verordnung bewogen wurde, zu erklären ist. — Die Worte dieser Novelle lauten nach der Vulgata cap. 6. folgendermaßen:

Illud quoque bene se habere credimus hac lege complecti. Prioribus enim legibus volentibus in collationibus, siquidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundum earum virtutem fieri, si vero testati, nihil dicentes de eis, locum non fieri collationibus, sed res habere per dotem forte aut alio modo datas, et quae sunt relicta defendere: nos sancimus non esse omnino talem opinionem, sed sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus — quoniam incertum est ne forsan oblitus datorum aut prae tumultu mortis angustiatus, hujus non est memoratus — omnino esse collationem, et exinde aequalitatem secundum quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem, sed habere eum, qui cogitur ex lege conferre, et quod jam datum est, et ex jure testamenti: omnibus quae prius de collationibus a nobis sancita sunt in sua virtute manentibus.

Auch auf diese Verordnung also hat man, und zwar theils schon nach Vorgang einiger Glossatoren 82) die gewöhnliche Ansicht, daß Alles nach dem auf Gleichheit gerichteten Absicht des Testirers zu conferiren und der zu präsumirende Wille des Erblassers erstes Prinzip unserer Lehre sey, zu begründen gesucht: vornämlich weil man auch hier den Zweck des Gesetzgebers — Beförderung der Gleichheit durch Gesetzesvorschrift — mit der Gesetzesvorschrift selbst verwechselte, und die Worte: res per dotem forte vel alio modo datas auch hier durch jede andere Zuwendung zu übersetzen kein Bedenken trug; während Justinian nichts festsetzt als: es soll auch bey der testamentarischen Succession die Collation eintreten, und zwar nach den bey der Intestaterbfolge geltenden Grundsätzen — secundum quod olim dispositum est. Und diese ältern Grundsätze bestätigt er nochmals ausdrücklich am Ende der Stelle: "Omnibus quae prius de collationibus a nobis sancita sunt in sua virtute manentibus", so daß es also eine Sache der Unmöglichkeit ist, daß Justinian hier sollte an den Objecten der Collation und überhaupt an der ganzen Lehre sonst etwas haben ändern wollen, und die Worte res per dotem vel alio modo datas nichts heißen können, als "eine Dos und andere der Collation bey der Intestaterbfolge unterworfene Schenkungen". —

82) cf. Azo in der Summa ad tit. C. de collat. versus finem. — P. Castrensis ad auth. Ex testamento. C. de collat. §. 2. — Bachov l. c. th. 1. lit. G. th. 2. lit. B., th. 3. lit. E. Selbst Cujacius sagt einmal: notandum est hodie institutos omnia conferre donata et promissa ex Nov. 18. (ad l. 1. §. 15. D. de collat. T. VIII. pag. 91).

Wichtig vornämlich ist uns aber hier die Frage, wann dieser Bestimmung zufolge die Collation eintreten müsse. Justinian nimmt an, daß der, welcher in seinem Testamente die Collation weder auferlegt noch verbietet, entweder aus Vergessenheit oder in der Todesangst bloß verabsäumt habe, sie anzubefehlen — quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum, aut prae tumultu mortis angustiatus, hujus non est memoratus. — Er will deshalb dem schwachen Gedächtnisse der Testirer zu Hülfe kommen, indem er sie für jeden Fall gesetzlich anordnet, es sey denn der Testirer habe ausdrücklich seinen gegentheiligen Willen ausgesprochen. Diese Erklärung "se velle non fieri collationem" kann nun aber, wie die Erklärung jeder Absicht auf mannigfache Weise geschehen. Wer würde z. B. in folgender Verfügung: "Da ich meiner Tochter bereits eine Mitgift von 1000 gegeben, so vermache ich meinem Sohn eine gleiche Summe zum Voraus" — nicht eine sehr deutliche Erklärung des Willens des Testirers sehen? Bey der Beurtheilung aber, ob diese erklärte Absicht vorhanden sey, müssen wir stets Aeußerungen des Testirers verlangen, aus welchen hervorgehet, daß er des zu Conferirenden bey der Errichtung des Testaments eingedenk gewesen, weil ja nach Justinians Bestimmung, sobald solche Erklärung nicht vorliegt, anzunehmen ist, der Testirer habe dieß vergessen, und die Collation deshalb angeordnet ist, um dieß Vergessen unschädlich zu machen. Danach muß man also behaupten, daß auch wenn neben Descendenten fremde Personen, z. B. die Ehefrau des Testirers, eingesetzt sind, die Collation in der Regel Statt finden muß, versteht sich,

aber nur zum Besten der miterbenden Descendenten, indem andern Personen nirgend ein Anspruch auf das eigene Vermögen der Miterben gegeben ist, und die Erbeseinsetzung sie auch nur zur Erbschaft beruft, ihnen also nur auf das eigene Vermögen des Testirers Ansprüche gibt, und zwar zum Besten nur der Descendenten, welche auch würden ab intestato geerbt haben. Aus demselben Grunde aber muß die Collation auch dann eintreten, wenn der Testirer seine Descendenten zu ungleichen Theilen zu Erben einsetzt, so lange nicht aus seinen Verfügungen hervorgehet, daß er grade deshalb diese ungleichen Theile gemacht, um dadurch Ungleichheiten, welche aus der Bestellung einer Dos oder ähnlicher Zuwendungen sonst entstehen würden, auszugleichen 83): denn nur unter dieser Voraussetzung läßt sich aus dieser ungleichen Vertheilung auf ein Verbot der Collation schließen, und damit der einzige Ausnahmsfall, den Justinians Verordnung zuläßt, rechtfertigen. Auch dieser Grundsatz aber kann, wie alle ähnlichen auf factische Gleichheit abzielenden Bestimmungen, in einzelnen Fällen bald sehr billig und vernünftig erscheinen, bald aber auch zu den größten Härten und Ungleichheiten führen. Sehr billig mag er zum Beispiel dann erscheinen, wenn X zwey Töchter hinterläßt, von denen allein die A schon eine bedeutende Dos empfangen, und er nur diese auf 2/3 der Erbschaft, die andere Tochter dagegen nur auf 1/3 einsetzt, indem hier die A doch wenigstens ihre Dos einwerfen muß, wiewohl Nie-

83) Bachov ad Treutleri th. 1. lit. E. und G. th. 4. Disp. Vol. II. Disp. 17. lit. D.

mand behaupten wird, daß diese Collation auf der praesumta voluntas des Erblassers, der nur Gleichheit unter seinen Kindern wolle, möglicher Weise beruhen könne. Aber wie ganz unbillig wird man diesen Grundsatz finden, sobald umgekehrt in unserm Falle die A nur auf 1/3 eingesetzt wäre, und sie nun noch ihrer Schwester, welche schon 2/3 der väterlichen Erbschaft empfängt, die für sie bestellte Dos conferiren soll! Wo aber eine Anwendung eines Gesetzes zu solchen Resultaten führt, da kann der Vorwurf nicht den Juristen treffen, der nur consequent die Vorschrift des Gesetzes anwendet; er fällt vielmehr allein auf den Gesetzgeber zurück.

Hier bey der testamentarischen Succession ist der erklärte Wille des Erblassers allerdings entscheidend über die Frage, ob die Collation Statt finden solle oder nicht 84). Was aber, wo dieser erklärte Wille

84) Daß auch bey der Intestaterbfolge der Testirer die Collation untersagen könne, ist keinem Zweifel unterworfen. Dann aber sind solche Dispositionen, gleich denen, durch welche der Testirer die Einwerfung einer sonst nicht der Collation unterworfenen Sache zum Besten bestimmter Miterben anbefiehlt, als Prälegate zu behandeln; erfordern aber grade desbalb, und überhaupt schon weil sie letztwillige Dispositionen sind, auch die zu jeder letztwilligen Disposition nothwendige Form, also zum Wenigsten die Form eines privilegirten testamentum parentum inter liberos oder doch die einer s. g. divisio parentum, nachdem ja Justinian den von Constantin für den parens aufgestellten und von Theodos auf alle Ascendenten ausgedehnten Grundsatz, daß jede auf irgend eine Art erklärte oder doch zu präsumirende Vorschrift des Ascendenten über die Erbfolge für ihre Descendenten bindend sein solle, ausdrücklich in Nov. 107. aufgehoben, und die Vorschriften der Ascendenten an die genannten Formen gebunden hat, und selbst in l. 59. §. 1. Fam. herc., welche wohl für das Gegentheil angeführt ist, enthält eine in Codicillarform ausgesprochene Willenserklärung.

nicht vorliegt, Object der Collation in jedem einzelnen Falle ist, darüber entscheiden noch jetzt bestimmte, von Justinian noch ausdrücklich in dieser Novelle bestätigte, Rechtsregeln.

Kann aber auch der Descendent, welchem der Testirer nur den Pflichttheil hinterlassen hat, zur Collation gezwungen werden? Pfizer (§. 81.) trägt kein Bedenken, diese Frage mit Andern zu bejahen. — Muß er das Conferendum sich in den Pflichttheil einrechnen lassen, so ist die Frage von selbst entschieden: es wird ihm in den Pflichttheil eingerechnet, und von einer Collation kann weiter die Rede natürlich nicht sein, da ihm dieser Pflichttheil auf jeden Fall bleiben muß. Falls aber dieß Conferendum ihm nicht in den Pflichttheil eingerechnet wird, so kann dennoch die Collation in diesem Falle nicht Statt haben, weil sie selbst dann nicht Statt haben könnte, wenn auch der Testirer sie ausdrücklich dem in den Pflichttheil Eingesetzten anbefohlen hätte. Denn er, der Testirer, muß seinem Descendenten eine bestimmte Quote *seines eigenen Vermögens*, das er zur Todeszeit hat, hinterlassen. Und jede darauf gelegte Beschwerde also auch die Auflage an den Erben, ihm, dem Erben, eigene Sachen fremden Personen mitzutheilen 85), ist ungül-

85) arg. l. 14. pr. D. ad leg. Falcid. Pater filiam quae a viro diverterat heredem pro parte instituit, et ab ea petit, ut fratri et coheredi suo portionem hereditatis acceptam deducta sexta restitueret admissa compensatione dotis in Falcidiae ratione. — Si pater dotem consentiente filia non petisset, *Falcidiam quidem jure hereditario, dotem autem jure proprio filiam habituram, quia dos in hereditate patris non inveniretur.* War auch schon die Ehe bey Lebzeiten des Vaters getrennt, die dos

tig und ohne Wirkung. Und wo der ausdrückliche Befehl des Testirers nicht vermag die Collation aufzuerlegen, da kann sie doch sicher nicht ohne dieß von selbst eintreten. —

Durch diese Novelle hat aber Justinian eine hiemit im genauesten Zusammenhang stehende Verordnung, die schon mehrmals erwähnte l. ult. C. Communia utriusque judicii theilweise aufgehoben 86).

aber ihm bey seinem Leben noch nicht unter der gehörigen Form zurückgezahlt, so hatte die Tochter allein die rei uxoriae actio, welche deswegen dann zu ihrem Vermögen gerechnet wurde (in hereditate patris non invenitur). So wenig ihr nun aber der Vater die Einrechnung dieser Dos, welche Theil ihres eigenen Vermögens ist, in die Falcidia anbefehlen konnte, so wenig kann er auch die Collation anderer Objecte dem auf den Pflichttheil Eingesetzten anbefehlen: denn so wie er ehedem die Falcidia dem Erben nicht entziehen konnte, so auch kann er jetzt wenigstens den Pflichttheil desselben nicht schmälern. — Die gewöhnliche Interpunction dieser l. 14. weicht aber von der hier gegebenen ab, indem man in der Regel dieser "restitueret" einen Hauptabschnitt macht, und die Worte admissa compensatione zu der Entscheidung Papinians ziehet, nach welcher Interpunction die Stelle aber schwerlich einen Sinn gibt. —

bene nobis apparuit. Si quis etenim pro filio suo ante nuptias donationem conscripserit vel dederit, vel pro filia sua dotem, et hoc quod dedit iterum ad eum revertatur vel lege vel stipulatione hoc faciente, vel si alio dotem vel ante nuptias donationem dante stipulationis paternae tenor vel legis hoc induxerit, ille autem testamento condito vel filios suos vel extraneos scripserit heredes et nihil de hujusmodi rebus quae ad eum reversae sunt vel pervenerunt disposuerit, inveniantur autem alii liberi ejus res a patrna substantia lucrati vel per ante n. donationem vel dotis vel militiae causa, quas utpote testamento existente non coguntur conferre: tunc filius vel filia easdem res quae ad patrem reversae sunt vel pervenerunt habeant praecipuas, ad simile tamen lucrum computandas,

86) Die Worte sind: Illud aequitatis fovere rationibus

Hier verordnete nämlich Justinian im Jahre 530 — also später als die oben erörterten Constitutionen über die dotis collatio erlassen waren — daß im Fall die von einem Ascendenten oder für ihn von einem Dritten bestellte Dos oder propter nuptias donatio dem ausdrücklichen Vertrage gemäß oder zufolge der über die Rückforderung geltenden Rechtsbestimmungen ins Vermögen des Ascendenten zurückgefallen sey, diese nicht immer als Theil der Erbschaft unter alle Miterben vertheilt werden solle, sondern daß bey der testamentarischen Succession,

1. wenn die Tochter oder der Sohn, für welche diese Dos oder ante nuptias donatio bestellt gewesen, mit andern Descendenten eingesetzt sey, welche bey der Intestaterbfolge eine Dos, ante nuptias donatio oder militia würden haben conferiren müssen, daß dann der Descendent, dessen dos oder ante nuptias donatio ins Vermögen des Ascendenten zurückgefallen, diese im Voraus aus der väterlichen Erbschaft erhalten sollte; jedoch nie mehr

ut in praesenti casu tantum habeat ipse vel ipsa, quantum ejus fratres a patre sunt consecuti secundum eos modos, quos supra diximus, et quos conferre propter testamentum non coarctantur. Sin autem nihil tale penitus in fratres eorum a patre collatum est, neque ipsos sibi praecipue hanc partem vindicare sed quasi paternae facta substantiae sit, inter omnes secundum institutionis tenorem dividi. — Sin autem extranei sunt scripti heredes et nihil in testamento suo neque in hac parte testator dixerit, tunc omnimodo praecipuum habeat filius vel filia quod ad patrem revertitur vel pervenit. — Ea igitur quae in paterna persona diximus obtinere volumus etiam in avo et proavo paterno vel materno et in matre et in avia et proavia paterna vel materna.

als die den übrigen Descendenten bestellte Dos u. s. w. betrüge 87). Und zwar deswegen, weil die übrigen Descendenten von der Collation der für sie bestellten Dos, pr. n. donatio und militia wegen der testamentarischen Successsion befreiet waren, schien es Justinian unbillig, daß diese noch ferner einen Antheil an der schon zurückgefallenen Dos oder propter nuptias donatio haben sollten. — Diese Verfügung muß aber für aufgehoben gelten, da der Grund, auf welchem allein sie beruhet, durch ein neueres Gesetz, durch die Einführung der Collation auch bey der testamentarischen Succession, aufgehoben ist. — Es soll

2. der Sohn oder die Tochter, sobald sie mit Andern als Descendenten zu Erben ernannt sind, den Werth der an den Ascendenten zurückgefallenen Dos oder propter nuptias donatio, falls darüber nicht ein Anderes vom Erblasser verfügt worden, stets im Voraus erhalten: eine Verfügung, deren Anwendung bey uns schwerlich etwas entgegenstehen wird, da sie bey Ascendenten jeder Art und selbst dann Statt haben soll, wenn der Ascendent sich den Rückfall der Dos auf den Fall der Aufhebung der Ehe ausdrücklich ausbedungen hat.

Zugleich aber folgt aus dieser Stelle, daß der Satz, daß die ins Vermögen des Vaters zurückgefal-

87) Eine sicher höchst vage militiae von verschiedenem Bestimmung! Denn wie, wenn Betrage waren? die diesen gegebenen dotes und

lene dos profectitia der Tochter für welche sie bestellt war, im Voraus bey der Erbtheilung zufalle, als allgemeine Regel falsch ist. Denn Justinian beschränkt diesen als neues Recht sich ankündigenden Rechtssatz, sobald die Tochter mit andern Descendenten concurrirt, ausdrücklich auf den Fall, wo der testamentarischen Succession wegen vor Nov. 18. die andern Descendenten von der ihnen sonst obliegenden Collationspflicht frey waren. Daraus folgt, daß, wo die Collation Statt findet, also jetzt sowohl bey der testamentarischen, wie bey der Intestaterbfolge, die dem Vater bereits zurückgezahlte Dos nicht ausschließlich an die Tochter verfällt, vielmehr als Theil des väterlichen Vermögens unter alle Erben vertheilt wird 88). Und welch ein Resultat würde die gegentheilige Meinung ergeben! Es würde hiernach die noch verheirathete Tochter ihre Dos conferiren müssen — die dagegen deren Ehe bereits getrennt, diese Dos im Voraus aus dem Vermögen des Vaters verlangen können.

Wohl aber vermag diese Stelle zu zeigen, auf welchem Wege Justinian endlich zu der Bestimmung geführt wurde, daß auch bey der testamentarischen Succession die Collation Statt haben solle. Während alleiniger Zweck der älteren Collation nur die juristische Gleichheit der Kinder gewesen war, suchten die spätern Kaiser nur eine factische Gleichheit unter ihnen hervorzubringen. Für die Intestaterbfolge läßt

88) Vornämlich ist über diese Stelle zu vergleichen: P. Castrensis ad l. ult. C. Communia utriusque judic. — Cujacius ad l. 14. D. ad leg. Falcid. (lib. 9. Respons. Papiniani). — Marani Paratitla ad tit. D. XXXVII. 7.

sich dieser nur auf Beförderung der factischen Gleichheit gerichtete Zweck der Legislation aber wohl noch vertheidigen. Keineswegs so bey der testamentarischen. Denn so lange die freie Dispositionsfähigkeit des Testirers gesetzlich anerkannt ist, so lange dieser ungleich sein Vermögen unter seine Descendenten vertheilen kann, geräth die Gesetzgebung mit sich in Widerspruch, wenn sie da, wo der Wille des Testirers über Gleichheit oder Ungleichheit der Erbtheile als Gesetz entscheidet, Bestimmungen zur Beförderung einer Gleichheit festsetzen will, ohne zugleich der Willkühr des Testirers engere Schranken zu setzen. Dieß scheinen auch die Vorgänger Justinians sehr wohl gefühlt zu haben; ihre Verfügungen beschränkten sich stets auf die Intestaterbfolge. Selbst Justinian blieb Anfangs hier stehen. Nur das änderte er bey der testamentarischen Erbfolge, daß die an den Vater zurückgefallene Dos, wenn andere noch verheirathete Töchter ihre Dos dann nicht zu conferiren brauchten, auch der Tochter, für welche sie bestellt gewesen war, im Voraus zufallen sollte. Eine scheinbar höchst billige Verfügung zur Beförderung der Gleichheit der Descendenten. Aber auch nur scheinbar ist ihre Zweckmäßigkeit als allgemeine Regel. Denn wie wenig umsichtig diese Verordnung abgefaßt war, möge folgendes Beispiel zeigen. Wenn X drey Kinder A. B. C. zu seinen Erben ernannte, und dann für die A eine Dos von 1000 noch bestellt war, eine andere für die B bestellte von derselben Größe bereits an den Vater zurückgefallen war, C aber nichts der Art erhalten hatte: so behielt nach dieser Verordnung A ihre Dos zum Voraus, B erhielt ebenfalls 1000 aus

der Erbschaft zum Voraus ausgezahlt, und C erlitt so durch diese auf Gleichheit abzweckende Verordnung einen doppelten Verlust. Ein Fall dieser oder ähnlicher Art, welcher dem Justinian in Praxi vorkam 89), mochte ihm später über die Unzweckmäßigkeit auch dieser Verfügung die Augen öffnen. Anstatt aber das ältere Recht wieder herzustellen — dazu hätte ein Bekenntniß des früheren Fehlgriffes gehört — ging er noch weiter, und suchte dadurch zu helfen, daß er die Collationspflicht allgemein auf die testamentarische Succession ausdehnte.

Diese Uebersicht der neuesten Constitutionen, auf welchen unsere heutige Collation beruhet, hat aber schon von selbst wohl den vollständigen Beweis geliefert, daß es gegen den Inhalt unserer Quellen ist, wenn viele Juristen die allgemeine Regel aufstellen, daß von allen Descendenten bey der Beerbung eines jeden Ascendenten alles von diesem Empfangene im Zweifel zu conferiren sey, und hiervon dann — da doch unmöglich jede Zuwendung der Collation unterworfen sein kann — eine Reihe schwankender Ausnahmen festzusetzen bemühet sind. Hervorgegangen scheint diese Meinung aus einem Mißverständnisse der Stelle, welche noch für das Justinianeische Recht den Satz ausspricht, daß der Emancipirte dem suus bey der Beerbung des Vaters alles von diesem Erhaltene conferiren müsse, welche Regel selbst die, welche die Collation der Emancipirten für aufgehoben ansahen, nichts desto weniger auf alle Descendenten anwand-

89) Semper legum nobis occasiones motorum negotiorum praebuerunt causae — Nov. 66. praef.

ten. Und noch jetzt wird diese Regel auf Stellen gestützt, welche grade von dieser collatio emancipatorum reden. Außerdem sind dafür auch wohl gar Stellen benutzt worden, welche nichts sagen, als das profectitium peculium werde als Theil des väterlichen Vermögens unter alle Kinder vertheilt, indem es nach Vorgang der Glosse in einigen Stellen bey vielen ältern Schriftstellern eine sehr gewöhnliche Redensart war: peculium profectitium conferri debet, quoniam remanet patris; nach welcher Ansicht allerdings die l. 13. C. Famil. herc. — certum est liberorum peculia post mortem patris ad communionem esse revocanda — und ähnliche Stellen eine Hauptstütze für diese Meinnung liefern mußten. In neuerer Zeit hat man dagegen diese Ansicht vornämlich auf den zu präsumirenden Willen des Erblassers begründet, indem man diesen auf Gleichheit seiner Descendenten gerichteten, und als solchen zu präsumirenden Willen zum höchsten Grundsatz unserer Lehre erhob, und dann aus diesem Satze zahlreiche Bestimmungen abzuleiten pflegte. Wo aber in unsern Quellen, darf man wohl fragen, ist irgend diese Annahme begründet? Verändert freilich ist im Justinianeischen Rechte das ganze Institut der dotis collatio, indem Beförderung der factischen Gleichheit unter den Descendenten Zweck des Gesetzgebers werden mußte, seit Leo's Constitution die Collation der Dos und ante nupt. donatio auch bey der Beerbung mütterlicher Ascendenten vorschrieb, und daraus die größten factischen Ungleichheiten entstanden, wenn ein Kind seine Dos oder a. n. donatio mit seinen Geschwistern theilen mußte, während diese die ihnen gemachten Schen-

kungen anderer Art sämmtlich behielten. Deshalb mußten nothwendig später auch Schenkungen anderer Art der Collation gesetzlich unterworfen werden, nicht etwa, weil sich dieß von selbst verstand nach der praesumta voluntas defuncti, sondern bloß, um jenen Fehlgriff Leos unschädlich zu machen, ne ex eo injustum quid oriatur, sagt Justinian selbst. Am wenigsten aber möchte ich für jenes Prinzip die Nov. 18. cap. 6. wegen der daselbst urgirten "aequalitas" anführen. Denn als Zweck Justinians bey der Ausdehnung der Collation auf die testamentarische Succession ist allerdings die Beförderung der Gleichheit der Descendenten angegeben. Ein solcher Zweck war aber auch hier wiederum sehr natürlich und löblich, nachdem, wie oben gezeigt worden, durch Justinians l. ult. C. Communia utriusque jud. zu den größten Ungleichheiten Gelegenheit gegeben war. Die Verordnungen, auf denen diese Lehre im neuesten Justinianeischen Rechte beruhet, sind also keineswegs Resultate der praesumta voluntas defuncti, sondern Folgen früherer legislativer Fehlgriffe, welche dadurch unschädlich gemacht werden sollten. Es findet sich aber jenes Prinzip nicht nur in unsern Quellen nicht begründet: es stehen vielmehr die Resultate dieses Prinzipes mit dem Inhalte der Quellen in Widerspruch. Dieß mögen einige Beispiele zeigen. Nach Nov. 18. muß, wie oben gezeigt ist, und womit die allgemeine Annahme unserer Schriftsteller übereinstimmt, die Collation in der Regel auch bey ungleicher Vertheilung der Erbschaft eintreten. Wie reimt sich dieses mit der praesumta voluntas defuncti? Nach dieser Ansicht soll ja die Collation nur deshalb

eintreten, weil zu präsumiren, der Verstorbene habe eine völlige Gleichheit unter seinen Descendenten gewollt. Die Collation also würde jedes Mal wegfallen müssen, sobald im Mindesten der Testirer eine ungleiche Theilung angeordnet, weil der präsumirte Wille dem ausdrücklich erklärten weichen muß. — Den einleuchtendsten Beweis aber hiefür, und daß entweder dieß Prinzip oder ausdrückliche Vorschriften unserer Quellen aufgegeben werden müssen, weil beide neben einander nicht bestehen können, diesen Beweis hat bereits Dabelow 90) geliefert. Es schließt nämlich dieser Schriftsteller sehr consequent folgender Maaßen: "Die Collation beruhet auf jener praesumta voluntas, sie ist also bedingt durch die Zweifelhaftigkeit des Willens der Eltern, und fällt daher jedes Mal weg, sobald aus den die Zuwendung begleitenden Umständen gefolgert werden kann, daß die Eltern ein Kind vor den andern begünstigen wollten; diese Umstände allein entscheiden also in jedem einzelnen Falle über die Collation von Schenkungen, und daher ist es eine — diesem Prinzip zufolge — 91) nicht mehr zu beachtende "Justinia-

90) Archiv für die civil. Praxis. Bd. II. Nro. VI., vornämlich p. 71 - 77.

91 "Welches Princip jedoch nach p. 71 - 74. l. c. bereits dem Rechte der Pandecte zum Grunde liegt, und zufolge p. 77. durch Nov. 18. in seine ursprüngliche Reinheit restituirt worden".

„neische Ungereimtheit", wenn dieser Kaiser „vorschreibt, es solle jede Schenkung dann conferirt „werden, wenn ein anderer Descendent, der keine an„dere Schenkung empfangen, eine Dos oder ante „nupt. donatio einwerfen muß". —

Druckfehler und Zusätze.

S. 3. Z. 18 ist zu lesen "der" statt "den"

— 22. nota 11. . . . "Marcellus" statt "Morcellus"

— 50. Hätte bey Angabe des Inhalts der lex Cincia als Parallelstelle die l. 7. §. 1. D. de lege Julia Repetund. angeführt werden müssen. Sie lautet:

> Apparet autem quod lex ab exceptis quidem, in infinitum capere permittit, ab his autem qui hoc capite enumerantur, a nullo neque ullam quantitatem. —

— 96. Z. 19. ist zu lesen "Erblasser" statt "Erlasser"

— 118. — 10. ist zu lesen "exstitit" statt "exstitet"

— 124. — 6. sind hinter "in solutum dederit" die Worte "vel vendiderit" beizufügen, welche in den Gothofredischen Ausgaben, wie ich zu spät bemerkte, durch einen bloßen Druckfehler nicht stehen. Das "in solutum dederit" ist von dem Falle zu verstehen, da der Gläubiger das Pfand ohne weitere Taxation desselben Statt Zahlung annimmt. Das "vendiderit" dagegen von dem Falle, da die Sache ihm nach ei-

nem bestimmten Taxatum überlassen wird, so daß er, wenn dieser Preis mehr beträgt wie seine Forderung, das Mehr herausgeben, und den Werth der Sache von seiner Forderung abrechnen soll. In diesem Falle wird man das Geschäft als venditio bezeichnen, nicht als datio in solutum, wiewohl juristisch beide Geschäfte ganz gleich behandelt werden müssen.

S. 141. Z. 4. ist zu lesen "die" statt "der"

— 226. nota 60. ist zu lesen "Schriftkeller" statt "Schriftstellern"

— 234. Z. 15. ist zu lesen "keinem" statt "keinen"

i 12

EY LFT OEc
Civilistische Abhandlungen /
Stanford Law Library

3 6105 043 626 170